

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

TUANA DOS SANTOS RODRIGUES

**A (IM)POSSIBILIDADE DA PERDA DO CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA, OU
MANDATO ELETIVO A PARTIR DA DECISÃO SOBRE A EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA HC Nº 126.292/SP, EM FACE DO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

CRICIÚMA

2018

TUANA DOS SANTOS RODRIGUES

**A (IM)POSSIBILIDADE DA PERDA DO CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA, OU
MANDATO ELETIVO A PARTIR DA DECISÃO SOBRE A EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA HC Nº 126.292/SP, EM FACE DO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof.: Alfredo Engelmann Filho

CRICIÚMA

2018

TUANA DOS SANTOS RODRIGUES

**A (IM)POSSIBILIDADE DA PERDA DO CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA, OU
MANDATO ELETIVO A PARTIR DA DECISÃO SOBRE A EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA HC Nº 126.292/SP, EM FACE DO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharel, no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Criciúma, 03 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alfredo Engelmann Filho - Especialista - UNESC - Orientador

Profa. Monica Ovinski de Camargo Cortina - Mestra - UNESC

Profa. Raquel de Souza Felício - Mestra - UNESC

Ao meu companheiro, amigo, confidente e psicólogo nas horas vagas, sempre comigo em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

A esta Universidade e aos professores, pelo acolhimento e ensinamento oferecidos.

Ao meu orientador, com quem dividi minhas dúvidas e anseios e que me ajudou nesta caminhada final.

A minha família que, do jeito reservado que é só deles, sempre me dá forças, acompanha e guia os meus caminhos.

A minha tia Sônia, que incansavelmente orienta, e me aconselha em todos os sentidos da vida.

Mais uma vez, a minha tia Sônia e a Tamires, profissionais maravilhosas, que juntas, com paciência, conhecimento, dedicação e humanidade, me auxiliam a compreender a vida e, sobretudo, enxergar minhas qualidades.

Ao meu companheiro, pilar e alicerce das minhas conquistas e motivação para aquelas vitórias que ainda virão.

A todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

“Percorramos a História e constataremos que as leis, que deveriam constituir convenções estabelecidas livremente entre os homens livres, quase sempre não foram mais do que instrumento das paixões da minoria, ou fruto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido orientar todas as ações da sociedade com esta finalidade única: *todo o bem-estar possível para a maioria.*”

Cesare Beccaria

RESUMO

Ao servidor público, aquele que realiza a vontade do Estado, são garantidos direitos e deveres, alicerçados por princípios amparados constitucionalmente, de modo a garantir o bom funcionamento estatal. Entre eles, tem-se a garantia de que, ao servidor que adquirir estabilidade, a perda do cargo público deverá se dar, na esfera penal, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Contudo, o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CRFB, disposto como um direito individual inerente ao cidadão, sofreu relativização em razão do HC nº 126.292/SP, o qual permitiu a execução provisória de sentença penal, ainda que pendente de recurso nas instâncias superiores, o que abriu precedente para os efeitos extrapenais genéricos da sentença – perda do cargo, função ou mandato eletivo – pudessem ser aplicados tão logo terminados os recursos em segundo grau. Deste modo, utilizar-se-á o método dedutivo, em pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico diversificado em livros, artigos de periódicos, teses e dissertações e, principalmente, da análise jurisprudencial, no Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal e Tribunal Regional Federal da Quarta Região, entre o período de 18/02/2016 e 15/05/2018, mediante a busca dos seguintes termos: execução provisória, efeitos extrapenais da condenação, perda do cargo, emprego e mandato eletivo, com a finalidade de analisar as recentes decisões sobre o tema, para o levantamento de informações acerca da possibilidade da perda do cargo ou emprego público em decorrência de execução provisória da sentença penal. Assim, discorrer-se-á sobre as espécies de agentes públicos, os princípios e garantias a eles inerentes, assim como pesquisar-se-á os motivos que ensejam a perda do cargo, função, ou mandato eletivo. Em um segundo momento, examinar-se-á a mutação constitucional do princípio da presunção de inocência, assim como as garantias constitucionais em face da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292/SP. Por fim, estudar-se-á as disposições doutrinárias no que tange a perda do cargo, função, ou mandato eletivo decorrente da execução provisória da pena, bem como refletir sua aplicação mediante análise dos julgamentos proferidos a partir do HC nº 126.292/SP, quanto a (im)possibilidade do início da aplicação dos efeitos extrapenais da condenação, visto que as decisões analisadas entre 2012 e 2018, implicam na relativização e, até mesmo, o afastamento do princípio da presunção de inocência, nas esferas eleitoral, administrativa e por fim, na penal.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Execução provisória da pena. Efeitos extrapenais da condenação.

ABSTRACT

To the public servant, those who carry out the will of the State, are guaranteed rights and duties, based on principles protected by the Constitution, so as to guarantee the proper functioning of the State. Among them, it is guaranteed that, to the server that acquires stability, the loss of public office must take place, in the criminal sphere, after the final sentence of condemnatory criminal sentence. However, the principle of presumption of innocence, provided for in art. 5º, LVII, of the CRFB, disposed as an individual right inherent to the citizen, was relativized due to HC nº 126.292/SP, which allowed for the provisional execution of a criminal sentence, although pending appeal in higher instances, which opened a precedent for the generic extra-budgetary effects of the sentence - loss of office, function or elective term - could be applied as soon as resources are completed in the second degree. In this way, the deductive method will be used in research of the theoretical and qualitative type, using bibliographical material diversified in books, periodicals, theses and dissertations and, especially, the jurisprudential analysis, in the Superior Court of Justice, Federal Supreme Court and Federal Regional Court of the Fourth Region, between 18/02/2016 and 05/15/2018, through the search of the following terms: provisional execution, extra-budgetary effects of the conviction, loss of office, employment and elective term of office, in order to analyze the recent decisions on the subject to the collection of information about the possibility of loss of office or public employment as a result of the provisional execution of the criminal sentence. Thus, the principles and guarantees inherent in them will be discussed, as well as the reasons for the loss of the office, function, or elective term. In a second moment, it will be examined the constitutional mutation of the principle of presumption of innocence, as well as the constitutional guarantees in the face of the decision of the Federal Supreme Court in the HC nº 126.292/SP. Finally, the doctrinal provisions regarding the loss of the position, function, or elective mandate resulting from the provisional execution of the sentence will be studied, as well as to reflect its application by means of the analysis of the judgments issued from HC nº 126.292/SP, as to the (im) possibility of the beginning of the application of the extra-criminal effects of the conviction, since the decisions analyzed between 2012 and 2018 imply relativization and even removal of the principle of presumption of innocence, in the electoral, administrative and end, in the penitentiary.

Keywords: Presumption of innocence. Provisional execution of sentence. Extrapenal effects of condemnation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ART	Artigo
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CNCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CNPL	Confederação Nacional das Profissões Liberais
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LEP	Lei de Execução Penal
MG	Minas Gerais
MS	Mandado de Segurança
MS	Mato Grosso do Sul
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PEN	Partido Ecológico Nacional
PPS	Partido Popular Socialista
PR	Paraná
RE	Recurso Extraordinário
RG	Repercussão Geral
RHC	Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
SC	Santa Catarina
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF4	Tribunal Regional da Quarta Região

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 AGENTE PÚBLICO	12
2.1 CONCEITO E ABRANGÊNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	12
2.2 PRINCÍPIOS, DEVERES E DIREITOS INERENTES AOS AGENTES PÚBLICOS	17
2.3 ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS SERVIDORES E O FUNCIONÁRIO PÚBLICO PELA ÓTICA PENAL	25
3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS EM FACE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM HC Nº 126.292/SP	31
3.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL	31
3.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	35
3.3 ANÁLISE DO <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 126.292/SP	44
4 (IM)POSSIBILIDADE DA PERDA DO CARGO, FUNÇÃO PÚBLICA OU MANDATO ELETIVO NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: DISPOSIÇÕES DOCTRINÁRIAS E ANÁLISE DOS JULGAMENTOS A PARTIR DO HC Nº 126.292/SP.....	50
4.1 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	50
4.2 A (IM)POSSIBILIDADE DA PERDA DO CARGO, FUNÇÃO PÚBLICA OU MANDATO ELETIVO NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: DISPOSIÇÕES DOCTRINÁRIAS	54
4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL A PARTIR DO <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 126.292/SP	58
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

A legislação brasileira assegura estabilidade ao servidor público como garantia para um serviço prestado conforme interesses e finalidades do Estado. Contudo, por desempenhar atividade de suma importância na sociedade, os crimes cometidos poderão, ante a autonomia das esferas, sofrer sanções administrativas, cíveis e penais, sendo previsto na CRFB, nos artigos 41, § 1º, II, no art. 55, VI, § 2º, no art. 128, § 5º, I, “a” e no art. 5º, LVII, que a perda do cargo ou mandato eletivo se dará, entre os meios elencados, após o trânsito em julgado de sentença judicial, salvaguardado pelo princípio da presunção de inocência.

À vista disso, em razão da retomada de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, a qual possibilitou a relativização do princípio da presunção de inocência, permitindo a execução provisória da sentença penal condenatória após segundo grau, de sentença penal recorrível, analisar-se-á acerca da (im)possibilidade da perda de cargo ou função público, ou mandato eletivo pelo servidor, como efeito extrapenal genérico da condenação, mediante aplicação do art. 92, I, do Código Penal.

Para tanto, discorrer-se-á sobre o agente público, seu conceito e abrangência no direito administrativo brasileiro, sobre os princípios, deveres e direitos a eles inerentes, assim como as esferas de responsabilização aos quais poderão ser submetidos em caso de crimes por eles cometidos, e análise do funcionário público pela ótica penal.

Do mesmo modo, far-se-á um exame dos institutos da mutação constitucional, do ativismo judicial, e da evolução pelo qual sofreu o princípio da presunção de inocência ao longo dos anos, bem como analisar-se-á os motivos explanados no HC nº 126.292/SP, que embasaram o entendimento firmado pelo Supremo, o que resultou na relativização deste princípio em detrimento de outros, tais como a duração razoável do processo e credibilidade da justiça.

Por fim, estudar as disposições doutrinárias no que tange a perda do cargo, função, ou mandato eletivo decorrente da execução provisória da pena, bem como refletir sua aplicação, através da análise dos julgamentos proferidos a partir do HC nº 126.292/SP, utilizando do método dedutivo, em pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico diversificado em livros, artigos de periódicos, teses e dissertações e, sobretudo, da análise jurisprudencial, no Superior

Tribunal de Justiça, no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, entre o período de 18/02/2016 e 15/05/2018, utilizando como palavras-chaves: execução provisória, efeitos extrapenais da condenação, perda do cargo, emprego e mandato eletivo, com a finalidade de verificar as recentes decisões sobre o tema, para o levantamento de informações acerca da possibilidade da perda do cargo, função ou mandato eletivo, em decorrência de execução provisória da sentença penal.

2 AGENTE PÚBLICO

O agente, nada mais é que o preposto¹ do Estado, pessoa física incumbida de exteriorizar a vontade daquele, eis que suas ações são entendidas, enquanto figurar nesta qualidade, como ações dos órgãos que os compõem e, consequentemente, como extensão do próprio Estado (MELLO, 2013, p. 144).

Outrossim, este trabalho tem como escopo demonstrar as diferentes espécies de classificação doutrinária nas quais encontram-se os agentes públicos, abrangendo, principalmente, sua definição no direito penal brasileiro, bem como observar os direitos, deveres e garantias a estes inerentes para a realização das funções estatais. Além disso, analisar-se-á os motivos que ensejam a perda de cargo, função ou mandato eletivo e como são vistos à luz da autonomia das esferas.

2.1 CONCEITO E ABRANGÊNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Como, o termo Agente Público é utilizado para nomear àqueles que exteriorizam a vontade do Estado², que se propaga por meio de seus prepostos, posto que, ao contrário dos órgãos (entes despersonalizados), o “agente é a pessoa humana, real, que infunde vida, vontade e ação a essas abstrações legais.” (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2013, p. 77).

Na concepção de Bandeira de Mello (2013, p. 248-249):

Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou esporadicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*, é agente público.

A Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre improbidade administrativa, conceitua:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição,

¹ Termo também utilizado por José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 18) para conceituar “agente público”.

² Segundo Di Pietro (2014, p. 589), na teoria do órgão, idealizada por Otto Gierke, “a pessoa jurídica manifesta sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse.”

nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (BRASIL, 2017k).

Definidos, ainda, como os “recursos humanos” à disposição da Administração Pública, independentemente da existência, ou não, de vínculo decorrente da atividade ou função exercida (GASPARINI, 2012, p. 191), e por ser mais abrangente, pode abarcar tanto a Administração direta quanto a Administração indireta.³”

A doutrina costuma classificar os agentes públicos em espécies, de acordo o serviço prestado ao Poder Público, como faz por exemplo Hely Lopes Meirelles; Aleixo; Burle Filho (2013, p. 77-482), dividindo-os em a) políticos, b) honoríficos, c) delegados, d) credenciados, e e) administrativos (servidores públicos)⁴. Ao mesmo tempo, José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 612-619) os distribui, tão somente, em três classes: os agentes a) políticos, b) particulares colaboradores e c) servidores públicos. Tais classificações são assíduas na doutrina brasileira. No entanto, autores como Diogenes Gasparini (2012, p. 207), insere a classe de servidores governamentais, bem como a dos agente militares⁵, conquanto, apresentar-se-á as espécies mais pontuais.

Logo, entende-se como agente político “os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder”. (MELLO, 2015, p. 251). São os chefes do poder executivo e respectivos vices, os Ministros do Estado, secretários estaduais e municipais e os membros do poder legislativo.⁶

De maneira abrangente, na visão de Meirelles; Aleixo; Burle Filho (2013, p. 78-80), são “os componentes do Governo em seus primeiro escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.” O autor inclui ao rol

³ A Administração direta, leciona Bandeira de Mello (2013, p. 143), ocorre quando o Estado exerce, por meio dos seus agentes, função administrativa própria, de forma centralizada, diversamente da administração indireta, em que o Estado transfere atividade a um ente criado para este fim, descentralizando-a. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 475), a Administração direta “[...] é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado.”

⁴ Gustavo Mello Knoplock (2014) utiliza as mesmas nomenclaturas para discriminar os agentes públicos.

⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 596) distingue-os dos demais servidores públicos.

⁶ Esta divisão é acompanhada por diversos autores, tais como Di Pietro (2015, p. 597), Carvalho Filho (2015, p. 612), Bandeira de Mello (2013, p. 252) e Gasparini (2012, p. 208).

supracitado, os Membros do Ministério Público, do Judiciário e do Tribunal de Contas, representantes diplomáticos e entre outros.

No que se refere aos servidores públicos, pessoas ligadas ao Estado sob o regime celetista, estatutário ou exercendo determinada função, Gasparini (2012, p. 224) os definiu como:

[...] uma gama de pessoas físicas que se ligam, sob regime de dependência, à Administração Pública direta, indireta, autárquica e fundacional pública, mediante relação de trabalho de natureza profissional e perene para lhes prestar serviço.

Meirelles; Aleixo; Burle Filho (2013, p. 81) os nomeia de “agentes administrativos”, por entender que para estes servidores não há qualquer poder político, ao passo que apenas executam suas atividades de acordo com “cargo, emprego ou a função em que estejam investidos”, redação criticada por outros doutrinadores.⁷

Importante salientar que a nomenclatura empregada para discerni-los, pelo direito administrativo, sofreu modificação a partir da promulgação da CRFB, mais precisamente no Capítulo VII, seção I e II, que trata da Administração Pública, ao passo que a terminologia Funcionário Público foi retirada e substituída pelo termo Servidor Público.

Para Carvalho Filho (2015, p. 620), o termo intitulava, também, os servidores estatutários, àqueles regidos por estatutos funcionais. No mesmo sentido, leciona Di Pietro (2014, p. 601-602) sobre o tema:

Na vigência da Constituição anterior, utilizava-se a expressão **funcionário público** para designar o atual servidor estatutário. [...] Essa categoria só existia na Administração Direta (incluindo Executivo, Judiciário e Legislativo), pois apenas ele ocupava cargo público criado por lei e se submetia ao Estado; [...]

Deste modo, é possível afirmar que “funcionário público [...] é conceito relativo ao direito constitucional pretérito e só existia na Administração direta dos três Poderes para os ocupantes de cargos públicos.” (LOPES, 1998, p. 172). No entanto, a redação continua sendo utilizada em algumas leis, ainda vigentes, anteriores à CRFB, como a Lei nº 10.261/68 de São Paulo, que instituiu o Estatuto

⁷ Descordam deste acréscimo Carvalho Filho (2015, p. 612-613) e Di Pietro (2014, p. 597).

dos Funcionários Públicos Civis⁸ do Estado de São Paulo (DI PIETRO, 2014, p. 601-602), à exemplo, também, do Código de Processo Penal, como será visto mais adiante, o qual atribui entendimento mais extensivo àqueles denominados como funcionários públicos.

Os particulares em colaboração são os agentes que não possuem vínculo de qualquer espécie com a Administração Pública e, em sua maioria, não recebem remuneração pelo serviço prestado, “são agentes que exercem, portanto, função pública, ainda que algumas vezes seja esporádico o exercício. Não ocupam cargo nem emprego público” (GASPARINI, 2012, p. 219), são os mesários, jurados e os titulares de ofício de notas e de registro não oficializados.

No que concerne aos militares, estes foram discriminados, por alguns autores⁹, como subespécie de agentes públicos, não mais inseridos dentro do rol de servidores. Tal distinção se deu em razão da Emenda nº 18/98 que, conforme redação dada pelo artigo 2º, determinou a substituição da nomenclatura servidores públicos militares - ao passo que os distinguia dos servidores públicos civis - por militares dos estados, do distrito federal e dos territórios, como se observa disposto à Seção III do Capítulo VII do Título III da CRFB, “[...] só lhes sendo aplicáveis as normas referentes aos servidores públicos quando houver previsão expressa nesse sentido, como a contida no artigo 142, § 3º, inciso VIII.” (DI PIETRO, 2014, p. 603).

Há doutrinadores, porém, que mantiveram os militares junto ao demais servidores públicos, em face das características comuns entre estas espécies de agente, tais como a existência de vínculo com Administração Pública, em razão do emprego ou cargo exercido, e a remuneração pelo cumprimento de suas funções (CARVALHO FILHO, 2015, p. 618).

De todo modo, contradições à parte, militares:

São servidores estatais sujeitos a regime jurídico especial, que deve estabelecer normas sobre ingresso, limites de idade, estabilidade, transferência para a inatividade, direitos, deveres, remuneração, prerrogativas e outras situações especiais consideradas as peculiaridades de suas atividades (CF, art. 42, § 10 e 142, § 30, X). Incluem-se nessa espécie os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares

⁸ A expressão “servidores públicos civis” foi substituída por “servidores públicos” em razão da alteração sofrida pela Emenda Constitucional 18/1998, o qual dispõe o art. 2º: “A seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição passa a denominar-se “DOS SERVIDORES PÚBLICOS” [...]” (BRASIL, 2017f).

⁹ Como exemplo temos Gasparini (2012, p. 309) e Di Pietro (2014, p. 603).

dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (CF, art. 42) e os membros das Forças Armadas (CF, art. 142). (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 254).

Por sua vez, a CRFB permitiu e a Lei nº 8.745/93 regulamentou a contratação de servidores temporários, também chamados de contratados por tempo determinado¹⁰, pessoas contratadas pelos órgãos da Administração Federal Direta, Indireta, autárquica e fundacional (pública) para, segundo artigo 37, IX, CRFB, “atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;” (BRASIL, 2017e). Exercem função remunerada, esporádica, sob o regime celetista (GASPARINI, 2012, p. 211) ou até mesmo por norma determinada pelo estatuto atinente ao contratado, segundo disposição da lei¹¹ (MEDAUAR, 2015, p. 331).

Gasparini (2012, p. 221) elenca, ainda, a classe dos servidores governamentais, empregados vinculados às empresas públicas, sociedades de economia mista, prestadoras de serviço público e fundações privadas, “caracterizados pela *profissionalidade*, pela *dependência do relacionamento*, pela *perenidade* e pela natureza *celetista* do vínculo que mantêm com essas entidades”.

Embora individualizados, todos formam o arcabouço de agentes à disposição da Administração Pública direta ou indireta, de maneira que possam cumprir as funções ou atividade segundo os interesse do Estado. Pessoas lotadas em cargos, empregos e funções dentro dos órgãos ou entidades dos quais integram. Isto posto, cumpre ressaltar que, para que a Administração Pública possa realizar os serviços próprios do Estado, faz-se necessária a distribuição, prevista em lei, das competência concernentes aos órgãos públicos, às pessoas jurídicas, assim como aos seus agentes, reconhecidas como função pública, que pode ou não existir sem cargo ou emprego (autônoma), à exemplo do previsto no artigo 37, incisos V e IX, da CRFB (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 255-256).

O cargo público, traz definidos em lei as funções aos quais os agentes (servidores estatutários) terão que observar na medida que são investidos naqueles. Nas palavras de Marçal Justen Filho (2014, p. 908):

¹⁰ Meirelles; Aleixo; Burle Filho (2013, p. 483-484) e Carvalho Filho utilizam a expressão “contratados por tempo determinado” para defini-los, inserindo-os como subespécie de servidor público, ao passo que Gasparini (2012, p. 211) os classifica como categoria própria de agentes públicos, os imputando-lhes o vocábulo agentes “temporários”.

¹¹ Odete Medauar (2015, p. 331) atribui aos trabalhadores temporários o regime denominado especial, assim, “segundo fixar a lei, o contrato pode ser regido pela CLT ou a própria lei estabelecerá o regime jurídico, podendo até determinar a aplicação, a tais servidores, de preceitos do Estatuto correspondente.”

Cargo público é uma posição jurídica, utilizada como instrumento de organização da estrutura administrativa, criada e disciplinada por lei, sujeita a regime jurídico de direito público peculiar; caracterizado por mutabilidade por determinação unilateral do Estado e por certas garantias em prol do titular.

Os empregos públicos, ocupados por servidores reconhecidos como celetistas, por serem regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Para Carvalho Filho (2015, p. 634), diferente do servidor estatutário, “[...] o servidor trabalhista tem função (no sentido de tarefa, atividade), mas não possui cargo”.

Por fim, tem-se o mandato eletivo, ocupados pelos agentes políticos - membros do poder executivo e legislativo -, “[...] a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 612).

2.2 PRINCÍPIOS, DEVERES E DIREITOS INERENTES AOS AGENTES PÚBLICOS.

Os agentes que compõem a Administração são os administradores públicos, incumbidos por lei na realização das funções intrínsecas ao cargo ou emprego dos quais compõem. Contudo, a moral adquire grande importância, pois desempenha, conjuntamente com a lei, o papel de orientar o comportamento dos agentes, pois imputa àqueles o dever de agir mediante conduta honesta, quer seja em relação aos administrados, quer seja em relação aos demais agentes, devendo sua atuação ser condizente, como dispõe o IV, artigo 2º, da Lei nº 9.784/99, “segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (BRASIL, 2017), em consonância com o princípio constitucional da moralidade. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles; Aleixo; Burle Filho (2013, p. 86):

Em sentido lato, *administrar* é gerir interesses, segundo a *lei*, a *moral* e a *finalidade* dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se administração pública. Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando o bem comum.

Além da observância da moral e do conjunto normativo de leis vigentes, o ordenamento jurídico pátrio prevê o emprego tanto de princípios gerais de direito, também aplicáveis à Administração Pública, quanto de princípios específicos à este campo particular, os quais possuem o fito de auxiliar na “compreensão e consolidação” quando da aplicação das atividades executadas pelos administradores (MEDAUAR, 2015, p. 147-148).

Princípios de direito fundamental podem ser conceituados, em abstrato, como “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* [...]” (ALEXY, 2006, p. 90). Quanto aos princípios gerais do direito, nas palavras de Bandeira de Mello (2013, p. 126), “são os vetores normativos *subjacentes* ao sistema jurídico-positivo, não porém como um dado externo, mas como *uma inerência da construção em que corporifica o ordenamento*”, ou seja, são utilizados como forma de interpretação do direito. Já os princípios administrativos, segundo Carvalho Filho (2015, p. 18-19), “são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas”. Isto posto, a CRFB traz em seu corpo, seja de forma explícita ou implícita, tanto a autorização para o seu uso, como a discriminação dos princípios basilares da administração, senão veja-se:

Art. 5º [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]. (BRASIL, 2017e).

Observa-se que o artigo 37 da CRFB, logo em seu *caput*, menciona àqueles princípios inerentes à Administração Pública, são eles: o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência¹². Outros princípios podem ser encontrados dispersos na legislação ou estatutos dos servidores, tais como os princípios da ampla defesa e contraditório, segurança jurídica, proteção à

¹² O princípio da eficiência foi instituído pela EC 19/98, passando a exigí-la como condição à aquisição de estabilidade, mediante avaliação periódica, conforme infere o art. 41, § 4º, CRFB (CUNHA JUNIOR. 2015, p. 72).

confiança, boa-fé, continuidade, interesse público, finalidade, igualdade, legalidade, motivação (tanto em relação ao ato praticado pelo servidor, como das decisões proferidas judicial ou administrativamente), razoabilidade e proporcionalidade. A não observância ou descumprimento de quaisquer destes princípios poderá ensejar na revogação ou invalidação¹³ do ato, ou até mesmo a perda do cargo ou emprego pelo agente, na forma legal. No entanto, serão aprofundados os princípios da motivação, da segurança jurídica, da proteção à confiança e da boa-fé, indispensáveis ao propósito à ser analisado com o presente trabalho.

Os princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança e da boa-fé, embora distintos, são inteiramente ligados, ao passo que disciplinam a conduta do servidor, dando margem à convalidação¹⁴ de determinados atos praticados pelos agentes, mesmo que eivados de vícios de legalidade¹⁵ “em virtude do transcurso do tempo e da boa-fé” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 38). O referido autor cita, além disso, os institutos da prescrição e decadência, à medida que tornam imutável decisão ou ato após determinado lapso temporal, em razão da perda do direito de ação ou perda do próprio direito.

À segurança jurídica, Bandeira de Mello (2013, p. 126) atribui abrangência de princípio geral do direito. Contudo, a Lei nº 9.784/99 traz em seu artigo 2º, a previsão deste princípio, a fim de disciplinar o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, de modo a restringir interpretação diversa de dispositivo de lei, dada pelo servidor, daquela já tomada em casos semelhantes, evitando eventuais prejuízos aos administrados (DI PIETRO, 2014, p. 86). Por esse motivo, a segurança jurídica pode ser entendida como sendo:

[...] um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza **objetiva** e outra de natureza **subjetiva**. A primeira de natureza **objetiva**, é aquela que envolve a questão dos limite à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. [...]

¹³ Conforme leciona Bandeira de Mello (2013, p. 470), “[...] diferentemente da revogação, que é privativa de autoridade no exercício de função administrativa, a invalidação tanto pode resultar de um ato administrativo quanto de um ato jurisdicional”.

¹⁴ Segundo Bandeira de Mello (2013, p. 482), “convalidação é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos. [...] Só são convalidados atos que podem ser *legitimamente produzidos*”.

¹⁵ Di Pietro (2014, p. 86) faz ressalva quanto à convalidação de ato ilegal, dispondo sobre a cautela no uso do princípio, “[...] para não levar ao absurdo de impedir a Administração de anular atos praticados com inobservância da lei”.

A outra, de natureza **subjativa**, concerne à **proteção à confiança** das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação. (SILVA, 2005, p. 3-4).

Compreende-se, assim, que a proteção à confiança importa na certeza dos administrados no que insurge aos atos praticados pela Administração, pressupondo que os mesmos tenham sido realizados com boa-fé pelo servidor público e, por tanto, de acordo com a finalidade estatal e em conformidade com a lei. Boa-fé esta, como já explanado, ligada ao princípio da moralidade administrativa, dispondo no artigo 2º da lei supra citada, a obrigatoriedade de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. Destarte, o princípio da boa-fé, como os demais princípios acima descritos, imputa determinada conduta ao agente, podendo ser descritos tanto como princípio explícito (IV, parágrafo único, artigo 2º da Lei nº 9.784/99), como implícito e intrínseco ao princípio da moralidade administrativa e da proteção à confiança, assim disposto como um dever a ser cumprido (IX, artigo 116, da Lei nº 8.112/90), que pode abranger, mais uma vez, “um **aspecto objetivo**, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um **aspecto subjetivo**, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. Se a pessoa sabe que a atuação é ilegal, ela está agindo de má-fé” (DI PIETRO, 2014, p. 88).

E por fim o princípio da motivação ou fundamentação das decisões, sejam elas na seara administrativa ou judicial. Ambos possuem o escopo de garantir, principalmente, o direito do administrado à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, pois demandam que as os agentes públicos demonstrem os motivos de fato e de direito que os levaram a decidir daquele modo. No entanto, quando a motivação exigida versar sobre os atos administrativos, tem por finalidade transparecer “aquilo que o agente apresenta como ‘causa’ do ato administrativo [...]” (MELLO, 2013, p. 404), de forma que tanto o Estado quanto o administrado possam fiscalizar as ações dos administradores, como exemplo, a Lei nº 9.784/99, em seu artigo 50, elenca um rol de situações em que se exige a utilização da exposição dos fatos e dos fundamentos quando da realização de ato por servidor público.

De igual natureza imputa-se ao Judiciário que motive suas decisões, segundo prescreve o artigo 93, IX, da CRFB, respaldados, de todo modo, pelos princípios da legalidade, publicidade dos atos e decisões e na característica

democrática do Estado Brasileiro (MEDAUAR, 2015, p. 172). Sobre o tema pontifica Meirelles; Aleixo; Burle Filho (2013, p. 108):

Em conclusão, com a Constituição/88 consagrando o princípio da moralidade, ampliando o acesso ao Judiciário e exigido explicitamente que as decisões administrativas dos tribunais sejam *motivadas* (cf. inc. X do art. 93, aplicável ao Ministério Público em face do § 4º do art. 129 na redação da EC 45), a regra é obrigatoriedade da motivação, para que a atuação ética do administrador fique demonstrada pela exposição dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao Judiciário. Em suma, a motivação do ato deve ser eficiente, de modo a ensejar seu controle a *posteriori*.

Na mesma senda, para o bom exercício de suas funções, aos servidores são dispensados uma gama de direitos e deveres, os quais vem expressos tanto na Carta Magna como na legislação esparsa, em especial nos estatutos (quando dispor sobre servidores estatutários) ou na própria CLT (quando tratar de empregados públicos). O texto constitucional traz elencados direitos como remuneração, permanência no cargo (estabilidade e vitaliciedade), acessibilidade, direito à greve, à livre associação, aposentadoria, férias e entre outros descritos¹⁶. São classificados por Carvalho Filho (2015, p. 797) como direitos do servidor os artigos 39 ao 41 da CRFB, direitos da Administração Pública os artigos 37 ao 38, CRFB, e ao artigo 39, § 3º, da CRFB, atribuiu natureza social constitucional, isso porque outorgou aos servidores estatutários direitos atribuídos ao empregados públicos (celetistas), previstos nos artigo 7º, da CRFB.

Tal qual ocorre com os deveres, doutrinariamente arrolados como dever de eficiência, de probidade, de prestação de contas, lealdade para com os administrados e administradores, obediência dentro dos limites da lei e conduta ética, como vislumbra-se, por exemplo, no artigo 116, da Lei nº 8.112/90. Dar-se-á destaque, no entanto, ao direito à permanência no cargo, dentro do qual encontra-se previsto o direito/princípio da estabilidade e vitaliciedade.

Neste cenário, tem-se que a estabilidade, quando relacionada ao servidor público, pode ser entendida como “continuidade do serviço” prestado pelo administrador, eis que este poderá exercer suas funções sem receio de ser dispensado de seu cargo imotivadamente, à exemplo, como menciona Meirelles;

¹⁶ Gasparini (2012, p. 259–290) eleva os direitos concernentes a aposentadoria, proventos, pensões, estabilidade, reintegração, disponibilidade e associação sindical ao patamar de princípios inerentes aos servidores estatutários.

Aleixo; Burle Filho (2013, p. 518), da mudança de servidores à cada de troca de mandato político. Nas palavras deste autor:

Estabilidade é a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado para o cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público, tenha transposto o estágio probatório de três anos, após ser submetido a *avaliação especial de desempenho por comissão instituída* para essa finalidade (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2013, p. 517).

O direito ou princípio da estabilidade vem determinado no artigo 41, da CRFB, dispondo que:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. [...]
§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (BRASIL, 2017e).

Cumprе ressaltar que o teor do artigo sofreu diversas modificações em virtude da EC nº 19/98, dentre elas a alteração do prazo, que passou de dois para três anos o período, exigido ao servidor, de exercício efetivo no cargo. Depreende-se do supradito texto que, além do lapso temporal, deverá o servidor ser nomeado para cargo de provimento¹⁷ efetivo, após ter sido aprovado em concurso público e, por fim, ter tido seu desempenho avaliado. Ou seja, após a EC nº 19, apenas o servidor público estatutário adquire estabilidade, haja vista a necessidade de nomeação para cargo, diferentemente do servidor celetista, o qual exerce emprego público. Não podendo, igualmente, ser concedido ao servidor temporário na forma do artigo 37, IX, da CRFB, ou àqueles nomeados à cargo em comissão, por serem cargos com características incompatíveis com a efetividade, o qual pressupõe continuidade e permanência na função desempenhada, portanto:

Efetividade nada mais é do que a situação jurídica que qualifica a titularização de cargos efetivos, para distinguir-se da que é relativa aos ocupantes de cargos em comissão. Se um servidor ocupa um cargo efetivo, tem efetividade; se ocupa cargo em comissão, não a tem. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 703).

¹⁷ Provimento, disciplina Meirelles; Aleixo; Burle Filho (2013, p. 493), “é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação de seu titular”.

A estabilidade, para Carvalho Filho (2015, p. 698), “é instituto que guarda relação com o serviço, e não com o cargo”, de modo que, se extinto o cargo, o servidor estável não pode ser dispensado, exceto nas hipóteses previstas no § 1º do artigo 41, CRFB, em razão de sentença judicial com trânsito em julgado, processo administrativo ou processo de avaliação periódica, em ambos os casos respeitada a ampla defesa e contraditório dos réus. Perderá o cargo, ainda, em virtude da não observância dos limites de despesas pelos estados, municípios, distrito federal e a união, conforme previsto no artigo 169, § 4º da CRFB e Lei Complementar nº 101/2000 que à regula (DI PIETRO, 2014, p.667-668).

Outro requisito exigido para a estabilidade encontra-se no §4º do artigo 41 da CRFB, que demanda da obrigatoriedade de avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade, contudo, segundo Meirelles; Aleixo; Burle Filho (2013, p. 519), o servidor não poderá ser prejudicado em razão da torpeza do Estado, e caso este não tenha realizado a avaliação dentro dos três anos, havendo o servidor cumprido os demais requisitos, terá adquirido estabilidade independentemente da realização daquela.

Por fim, o servidor deverá ser aprovado no estágio probatório, instituto que não se confunde com a estabilidade, embora seja indispensável para a sua aquisição. Como dito outrora, a estabilidade está ligada ao serviço e não com o cargo, de modo que, caso o servidor estável seja nomeado à cargo diverso daquele em que adquiriu estabilidade, será realizado novo estágio probatório (CARVALHO FILHO, 2015, p. 698). Di Pietro (2014, p. 669) explica:

O período compreendido entre o início do exercício e a aquisição da **estabilidade** é denominado **estágio probatório** e tem por finalidade apurar se o servidor apresenta condições para o exercício do cargo, referentes à moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência.

O que não se confunde, também, é o prazo do estágio, haja vista que as legislações esparsas, como no caso do artigo 20 da Lei nº 8.112/90, que impõe período de vinte e quatro meses em que o servidor terá avaliado sua assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade. De outro norte, embora tenha havido divergência a princípio, o STJ e STF firmaram entendimento no sentido de reconhecer como período de estágio probatório os mesmo três anos

exigidos para a aquisição de estabilidade (DI PIETRO, 2014, p. 669), conforme verifica-se nos julgados destes Tribunais:

Embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Vinculação entre o instituto da estabilidade, definida no art. 41 da Constituição Federal, e o do estágio probatório. 3. Aplicação de prazo comum de três anos a ambos os institutos. 4. Precedentes. 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes. (BRASIL, 2017n).

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF. EC Nº 19/98. PRAZO. ALTERAÇÃO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. OBSERVÂNCIA. I - Estágio probatório é o período compreendido entre a nomeação e a aquisição de estabilidade no serviço público, no qual são avaliadas a aptidão, a eficiência e a capacidade do servidor para o efetivo exercício do cargo respectivo. II - Com efeito, o prazo do estágio probatório dos servidores públicos deve observar a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98 no art. 41 da Constituição Federal, no tocante ao aumento do lapso temporal para a aquisição da estabilidade no serviço público para 3 (três) anos, visto que, apesar de institutos jurídicos distintos, encontram-se pragmaticamente ligados. [...] (BRASIL, 2017w).

Todavia, não verificada na atuação do servidor os requisitos supra citados, este poderá ser exonerado, observadas, de todo modo, o devido processo legal, resguardados o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV, CRFB), entendimento expresso na súmula nº 21 do STF: “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem formalidades legais de apuração de sua capacidade” (BRASIL, 2017v).

Já a vitaliciedade, garantida aos juízes (artigo 95, CRFB), desembargadores e ministros (artigo 123, CRFB), aos promotores e procuradores (artigo 128, § 5ª, I, “a”, CRFB) e aos conselheiros e ministros do Tribunal de Contas, diante das funções exercidas, assegura uma “maior proteção” do que aquela dispendida pela estabilidade (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 274). No entanto, relata o mesmo autor:

[...] para os cargos de juiz e promotor, no primeiro grau, essa garantia ainda depende do transcurso de um período de prova de 02 anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado. (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 274)

De todo modo, ambas são, como visto, garantias constitucionais que limitam tanto a discricionariedade da Administração Pública quanto a atividade

jurisdicional, no que tange a exoneração dos servidores que fazem jus ao direito à estabilidade e vitaliciedade.

2.3 ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS SERVIDORES E O FUNCIONÁRIO PÚBLICO PELA ÓTICA PENAL.

A legislação brasileira, no que concerne aos servidores públicos, prevê deveres, direitos e garantias dantes aprofundados, buscando assegurar o cumprimento de atribuições tão importantes ao bom funcionamento estatal. E é em razão de sua relevância que os crimes ou contravenções cometidos por servidores públicos poderão, ante a autonomia das esferas, sofrer sanções administrativas (AITA, 2017, p. 42), cíveis e penais, podendo, inclusive, cumular-se, como prescrito na Lei nº 8.112/90:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si. (BRASIL, 2018i).

Na esfera cível responde o servidor público, enquanto tal, pelos atos praticados ou que tenha deixado de praticar, quer tenha agido intencionalmente ou não, contra o Estado ou a terceiro, que dela resulte, obrigatoriamente, em dano¹⁸ (artigo 122 da Lei nº 8.112/90). Responsabilidade esta, nas palavras de Di Pietro (2014, p. 684), “[...] de ordem patrimonial e decorre do artigo 186 do Código Civil, que consagra a regra, aceita universalmente, segundo a qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo”, devendo estar presentes, segundo a autora, os elementos ensejadores do ato ilícito (ação ou omissão antijurídica, culpa ou dolo, dano e nexo causal entre a conduta e o dano), havendo o agente responsabilidade subjetiva¹⁹.

¹⁸ Para Carvalho Filho (2015, p. 571), “a responsabilidade civil tem como pressuposto o *dano* (ou prejuízo). Significa dizer que o sujeito só é civilmente responsável se sua conduta, ou outro fato, provocar dano a terceiro. Sem dano, inexistente responsabilidade civil”.

¹⁹ Também por Carvalho Filho (2015, p. 800), Meirelles; Aleixo; Burle Filho (2013, p. 578) e Gasparini (2012, p. 298). Para os autores, deverá ser comprovada a culpa ou dolo do servidor a conduta que ocasionou o prejuízo.

Quando o prejuízo for causado à Administração, será apurado administrativamente, ressalvados sempre os direitos legais do contraditório e ampla defesa (artigo 5^a, LV e LIV, CRFB), podendo, até mesmo, ocorrer o parcelamento da pecúnia devida dos vencimentos do servidor, desde que ocorra sua anuidade²⁰ (GASPARINI, 2012, p. 298-299), segundo determina os artigos 46, *caput*, da Lei nº 8.122/90 e 462, § 1º, da CLT. Em contrapartida, Di Pietro (2014, p. 684), leciona sobre a possibilidade de desconto sem o referido aval caso haja lei tratando sobre o abatimento, vez que a redação dada ao § 6º, artigo 37, da CRFB, assim prevê, podendo o agente socorrer-se ao Judiciário para inibir o ato, eis que o STF pacificou desfavorável ao desconto conforme mandado de segurança nº 24182/DF.

Quando o dano for causado a terceiro, e tenha o administrado optado pela via judicial, incluindo no polo passivo a entidade da qual está vinculado o servidor, ou até mesmo utilizando da responsabilidade objetiva que detém o Estado em face de seus agentes, terá a Fazenda Pública direito de regresso dos valores pagos, pela via judicial (artigo 37, § 6º, da CRFB e artigo 122, § 2º, da Lei nº 8.122/90).

Na esteira administrativa, comete ilícito administrativo aquele servidor que por ação ou omissão aos direitos e deveres trazidos nos estatutos pelos quais estão vinculados (CARVALHO FILHO, 2015, p. 802), como destaca a Lei Federal nº 8.112/90, em seu artigo 124: “A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função” (BRASIL, 2018i). Como bem adverte este autor, as condutas que ensejam penalidades administrativas são, de longe, tão precisas como as previstas no Código Penal, dando margem a certa discricionariedade à Administração para sua aplicação, é o caso como, por exemplo, da não observância da moralidade²¹ pelo servidor durante o desempenho de suas atividades, de modo que não há definição específica do que configura atitude imoral. Por outro lado, a discricionariedade a que se fala em nada condiz com arbitrariedade, pois ao servidor é resguardado o direito ao devido processo legal (artigo 5, LV, CRFB), devendo as decisões da Administração seguir os princípios basilares do processo administrativo, dentre eles o da legalidade, motivação (artigo 128, parágrafo único, Lei nº 8.112/90) e proporcionalidade (artigo

²⁰ Entendimento compartilhado por Carvalho Filho (2015, p. 801) e Meirelles; Aleixo; Burle Filho (2013, p. 580).

²¹ Art. 116, inciso IX, da Lei 8.112/90.

128, *caput*, Lei nº 8.112/90), de modo que possibilite o contraditório e a ampla defesa ao servidor investigado. Nas palavras de Meirelles; Aleixo; Burle Filho (2013, p. 577):

Na motivação da penalidade, a autoridade administrativa competente para a sua aplicação deve justificar a aplicação imposta, alinhando os atos irregulares praticados pelo servidor, analisando sua repercussão danosa para o Poder Público, apontando os dispositivos legais ou regulamentares violados e a comunicação prevista. O necessário é que a Administração Pública, ao punir seu servidor, demonstre a *legalidade* da punição. Feito isso, ficará justificado o ato, e resguardado de revisão judicial, visto que ao Judiciário só é permitido examinar o aspecto de legalidade do ato administrativo, nesta incluído o exame da proporcionalidade, não podendo adentrar os motivos de conveniência, oportunidade ou justiça das medidas específicas do executivo.

Deste modo, segundo os preceitos do princípio da proporcionalidade²², deverão ser observados quando da aplicação das penalidades, “[...] a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais” (BRASIL, 2018i), segundo o artigo 128, *caput*, Lei nº 8.112/90.

As infrações serão julgadas pela própria Administração mediante Processo Administrativo Disciplinar (PAD) ou sindicância, e sua não instauração pela Administração, poderá gerar punição na esfera penal (artigo 320 CP). O servidor que denunciar crime ou fraude terá, porém, imunidade em face do artigo 129-A, da Lei Federal.

Por fim, no âmbito penal, o Judiciário apreciará os crimes ou infrações previstas no ordenamento jurídico. Para Carvalho Filho (2015, p. 801), “a responsabilidade penal do servidor é a que decorre de conduta que a lei penal tipifica como infração penal”. A Lei Federal fala sobre o ramo em seu artigo 123: “a responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade” (BRASIL, 2018i). Já Gasparini (2012, p. 296) vai além, ao afirmar que a responsabilidade do servidor decorre da:

[...] prática de crimes funcionais, previstos no art. 312 *usque* 327 do Código Penal, cujo processo de julgamento obedece ao que dispõem os arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal e que se efetiva perante o poder

²² Afirma Bandeira de Mello (2013, p. 874) acerca do princípio da proporcionalidade: “As sanções devem guardar uma relação de proporcionalidade com a gravidade da infração”.

judiciário. São crimes de ação pública, e o desencadear da ação penal é da competência exclusiva do Ministério Público.

Os crimes poderão, ainda, ser previstos em leis especiais, caso da Lei nº 8.429/92, com a devida ressalva levantada por Di Pietro (2014, p. 904), quanto à utilização, em seu preâmbulo, da referência ao enriquecimento ilícito, a qual defende a substituição do termo por improbidade administrativa ou a menção ao art. 37, §4º da CRFB, já que, segundo a autora, “[...] nem todos os atos de improbidade implicam enriquecimento ilícito” (DI PIETRO, 2014, p.904).

Outra anotação depreende-se da nomenclatura utilizada para definir o agente público, sendo que por ser o Código Penal (CP) anterior à CRFB, ainda conserva o termo funcionário público, reproduzido no *caput* do artigo 327 do CP, eis que “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública” (BRASIL, 2017a), trazendo em seus parágrafos os servidores ligados as entidades paraestatais, prestadoras de serviço ou convencionadas, assim como os “ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público” (BRASIL, 2017a), como dispõe o § 2º, artigo 327, CP. A Lei nº 8.429/92, também prevê a possibilidade de perda do cargo público, dentre outras penalidades pelos atos de improbidade (artigo 12, III), bem como o dispositivo constitucional (artigo 37, § 4º, CRFB). No mesmo sentido dispõe o artigo 92 do CP:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

- a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
- b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (BRASIL, 2017a).

A perda do cargo público é um efeito extrapenal da condenação, ou seja, a perda deste não é automática em razão da condenação do servidor, tenha ele ou não cometido nesta qualidade. Há, conjuntamente, a necessidade de motivação na sentença, que deverá ser fundamentada conforme impõe o artigo 93, IX, da CRFB, entendimento já firmado pela jurisprudência como bem dispôs o Ministro Paulo

Medina em RHC nº 15.997/RS²³. Observa-se, ainda, que o artigo supra mencionado faz distinção do crime funcional, propiciando a perda do cargo por delito com pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano; e daquele cometido pelo servidor, porém sem qualquer liame com a entidade ou órgão a que está ligado, sendo este não funcional, podendo ensejar na perda do cargo ou função se a pena for superior a quatro anos.

Embora distintas as esferas puníveis, há decisões proferidas na esfera penal que vinculam as demais. É o caso da absolvição por inexistência do fato ou do crime, pois comprovado nos autos que não houve crime ou que não foi aquele servidor quem o cometeu, não há o que discutir nos demais ramos, como assim dispõem os dispositivos de lei.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. (BRASIL, 2018i).

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (BRASIL, 2017a).

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato. (BRASIL, 2017a).

A outra hipótese consiste na condenação penal transitada em julgado que, segundo Meirelles; Aleixo; Burle Filho (2013, p. 578-579), importaria:

[...] o reconhecimento automático das duas outras, porque o *ilícito penal* é mais que o *ilícito administrativo* e o *ilícito civil*. Assim sendo, a condenação criminal importa o reconhecimento, também, de culpa administrativa e civil, mas a absolvição do crime nem sempre isenta o servidor destas responsabilidades, porque pode não haver *ilícito penal* e existir *ilícitos administrativo e civil*.

²³ **NULIDADE – CONDENAÇÃO – EFEITOS – PERDA DO CARGO – ARTIGO 92, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL – FUNDAMENTAÇÃO – AUSÊNCIA – ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NULIDADE DECRETADA.** “Os efeitos específicos da condenação não são automáticos, de sorte que, ainda que presentes, em princípio, os requisitos do art. 92, inciso I, do Código Penal, deve a sentença declarar, motivadamente, os fundamentos da perda do cargo público. Ausente a fundamentação requerida (art. 93, IX, da CRFB), é nula, neste ponto, o dispositivo da sentença condenatória. Recurso provido tão-somente para cassar o acórdão e anular o dispositivo da sentença condenatória que determinou a perda do cargo de Alvacir Scardiglia Machado, a fim de que outra seja proferida, neste ponto, com motivada fundamentação”. (BRASIL, 2018x).

Semelhante afirmativa se dá em razão do texto do artigo 935 do Código Civil, que trata a autoria e a materialidade como coisa julgada civil “quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal” (BRASIL, 2018b). No entanto, mesmo que não seja possível distinguir o autor do fato, só importará condenação cível se do crime resultar prejuízo ao erário (CARVALHO FILHO, 2015, p. 803-804), da mesma forma que a ação ou omissão que deu causa a condenação precisa estar prevista no estatuto do servidor como ilícito administrativo (GASPARINI, 2012, p. 296).

3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS EM FACE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM HC Nº 126.292/SP.

A realidade conturbada em que se vive atualmente, em meio à crescente onda de corrupção envolvendo agentes públicos²⁴, cada vez mais noticiada pelos meios de comunicação, aliada à violência e insegurança presentes na sociedade, impõe ao Estado a obrigação de, se não combatê-los diretamente, ao menos criar mecanismos que inibam ou demonstrem a intenção de fazê-lo.

Por conseguinte, cotidianamente, e de forma progressiva, o mundo jurídico é inundado com novas decisões versando sobre os mais diversos temas, havendo, por muitas vezes, verdadeiro relativismo de direitos e princípios constitucionais advindos dos institutos reconhecidos como ativismo judicial e mutação constitucional, produzidas e reproduzidas como forma enfrentamento ao grande número de ações, bem como a diversidade de problemas que movem a máquina judiciária. Deste modo, analisar-se-á a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, e as justificativas levantadas pelo pleno, as quais foram de encontro a entendimento anteriormente sustentado, no que concerne ao princípio constitucional da presunção de inocência e o encarceramento após esgotados os recursos em segunda instância, em sede de execução provisória da pena.

3.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL

Um dos motivos na utilização destes recursos²⁵ consiste na busca para manter a eficácia da CRFB, de modo que os preceitos por ela salvaguardados reflitam a realidade e os problemas que a sociedade enfrenta, de forma a não manter-se estagnada à época em que o legislador originário as idealizou, eis que, como ressaltou Barroso (2015, p. 157), “[...] as constituições não são eternas e nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos deus desígnios.” Em face do exposto, é possível verificar na jurisprudência a existência de novas interpretações do texto constitucional “a fim de aderirem às

²⁴ É o caso da Lava Jato, que julgou diversos políticos, ganhando grande cobertura midiática, tais como Eduardo Henrique da Fonte de Albuquerque Silva (inquérito nº 3.998), Eduardo Cosentino Cunha (RHC 144.295/DF).

²⁵ Ativismo judicial e mutação constitucional.

exigências sociais, políticas, econômicas, jurídicas do Estado e da comunidade” (BULOS, 1997, p. 53). Da mesma forma elucida Carlos Victor Nascimento dos Santos (2014, p. 598) sobre a utilização do artifício da mutação constitucional, o qual entende como inevitáveis as mudanças produzidas ao longo do tempo:

A mutação constitucional insere-se em um espaço que pressupõe uma progressividade da realidade social, trazendo uma análise praticamente entre o passado – significado e sentido que a norma ganhou no momento de sua criação – e o presente – sentido que a mesma norma traduz diante de nova realidade social. Para compreendê-la, torna-se fundamental um olhar cuidadoso à norma, ao contexto social e político que estava inserida quando foi criada, e a realidade social circundante. [...] Por tal entendimento, pode-se depreender que a mutação denota algumas mudanças de sentidos de texto lógicas e inevitáveis, por conta das constantes transformações da realidade social.

Sobre a mutação constitucional, Silva (2014, p. 63-64) descreve o instituto como um “[...] *processo não formal de mudança* das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado.” Da mesma forma conceitua Bulos (1997, p. 57):

Assim, denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, que através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, que por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.

Além dos costumes constitucionais elencados por Bulos, Barroso (2015, p.163) levanta, ainda, dois outros mecanismos de atuação por meio dos quais ocorrem a mutação, sendo por via da atuação do legislador e pela interpretação constitucional. Contudo, cumpre conceituar este último, pois é este mecanismo que mais define a atuação do Supremo no caso em tela. Segundo o autor:

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento já preexistente. [...] No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixava anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por nova percepção do Direito. (BARROSO, 2015, p. 165).

Tratar-se-á, apenas, da mutação em face das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), Supremo Tribunal Federal (STF) e Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF4). Todavia, cumpre ressaltar que este instituto, como dispôs Flavia Bahia (2017, p. 62):

[...] Não é exclusivo do Poder Judiciário, pode ser realizado pelo Legislativo, Executivo e também pelo povo. Entretanto, como o STF é o guardião da Constituição, e as questões mais polêmicas acabam chegando à sua análise, podemos dizer que o Tribunal está na posição mais privilegiada para a sua realização.

Tem-se, deste modo, a mutação constitucional como um mecanismo informal²⁶ “[...] que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da CRFB, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto” (BARROSO, 2015, p. 158), ou seja, tem como particularidade alterar o significado da norma sem que tenha havido procedimento de reforma^{27 28} do texto constitucional, que encontra-se disciplinado no artigo 60 da CRFB, o que exige que eventual proposta de modificação do texto constitucional pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, pelo Presidente da República ou pelas Assembleias Legislativas das unidades da Federação, deverá, segundo o § 2º, ser “[...] discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros” (BRASIL, 2017e), observando, de todo modo, as vedações que o próprio artigo impõe. À estes obstáculos que o texto constitucional traz expresso é que se encontra a rigidez²⁹ constitucional.

Por outro lado, temos o ativismo judicial, definido como uma “[...] deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação

²⁶ Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 72), utiliza a expressão “mutabilidade informal” para designar o procedimento “difuso de modificação da Constituição”; enquanto para José Afonso da Silva (2014, p. 63-64), intitula como “*processo não formal de mudança das constituições rígidas*”.

²⁷ Segunda dispõe Alexandre de Moraes (2011, p. 32), “o *Poder Constituinte derivado reformador*, denominado por parte da doutrina de *competência reformadora*, consiste na possibilidade de alterar o texto constitucional, respeitando-se a regulamentação especial prevista na própria Constituição Federal [...]”. Os termos reforma, emenda, revisão e modificação constitucional são citados por José Afonso da Silva (2014, p. 63-64) para determinar o processo formal de mudança da constituição, diferenciando-as dos meios não formais.

²⁸ Vale ressaltar que o Ato das disposições Constitucionais, em seu art. 3º, dispôs sobre a possibilidade de revisão, no entanto o prazo para sua realização, que era de cinco anos, já findou.

²⁹ Para o Ministro Luís Roberto Barroso (2015, p. 158), “Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a *rigidez constitucional*”.

constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou inexistentes.” (BARROSO, 2012, p. 40). Delineado, também, por Nunes (2017, p. 390) como:

[...] atuação do Poder Judiciário que, no processo hermenêutico de análise do texto constitucional altera o seu sentido, é um dos corolários de um movimento denominado *ativismo judicial*. Por exemplo, houve alteração no significado da palavra “casa” (art. 5º, XI, CF), bem como recentemente alteração da interpretação do significado da “presunção de inocência”, nos termos do artigo 5º, LVII, da CF.

Este fenômeno, segundo Barroso (2012, p. 227-228), se deu em razão da judicialização constitucional, que passou a ter papel ativo na máquina judiciária a partir da CRFB, conhecida como Constituição cidadã³⁰, por prever uma série de direitos aos cidadãos, expressos, por muitas vezes, através de mandamentos principiológicos que, por não estarem devidamente inscritos no sistema normativo brasileiro, seja pela omissão da administração em fazer cumpri-los, seja pela inércia do legislador em positivá-los, acabam demandando maior números de ações judiciais pela população buscando sua efetivação a cada caso concreto. Dadas as circunstâncias, “[...] o judiciário se expande, sobretudo, nas situações em que o Legislador não pode, não quer ou não consegue atuar” (BARROSO, 2012, p. 42).

Várias são as críticas e justificativas encontradas na doutrina, tais como o afastamento normas já predefinidas, em detrimento de princípios constitucionais, sendo que estas normas foram feitas por aqueles eleitos pelo povo especialmente para esta função; outra seria a ofensa a separação dos poderes, já que os juízes estariam exercendo função atípica: legislar.

Teixeira (2012, p. 46) divide o ativismo judicial em positivo e nocivo. O primeiro ocorreria quando o Judiciário utiliza da racionalidade jurídica, proferindo “[...] decisões fundamentadas substancialmente em princípios, afastando ou negando a aplicabilidade de regras específicas para a fatispécie.” Já a ideia de um ativismo nocivo, deriva de decisões comumente políticas, as quais extrapolam as funções do Judiciário de aplicador das leis e do direito para exercer função legislativa, segundo

³⁰ A CRFB trouxe um extenso rol de direitos tidos como fundamentais no art. 5º, assim como direitos sociais ao povo brasileiro, motivo pelo qual ficou conhecida como cidadã, pois logo em seu preâmbulo busca “[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar [...]” (BRASIL, 2017e). “É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”. (SILVA, 2014, p. 92).

interesses distintos daqueles supra citados. Preocupação também arguida por Moraes (2011, p. 22), que condiciona a utilização deste instrumento com o cuidado e esporadicidade, ao passo que somente deveria ser utilizado em determinados “casos concretos e colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais”, desde que fundamentadas de modo à afastar-se ao máximo de decisões meramente com escopo político.

De fato, ambos os institutos mutação constitucional e do ativismo judicial, estão presentes no dia a dia jurídico, de modo que, a todo momento, transformam tanto o entendimento, como a aplicação da lei, modificando seu efeito a cada caso, quer de modo positivo ou negativo, refletindo diretamente na vida da população. A desconfiança demonstrada pelos autores se faz cada vez mais presente, principalmente, no que se refere à interpretação que os princípios e normas recebem do guardião da CRFB³¹, com o receio de que tais decisões busquem expressar e garantir o interesse de uma minoria seleta, com o condão puramente político.

3.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

O princípio da presunção de inocência vem recebendo grande destaque em virtude da prisão, em sede de execução provisória da pena, do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, em 2018, causando grande repercussão na mídia e na sociedade, trazendo, novamente, para pauta a discussão sobre significado e alcance, no ordenamento jurídico brasileiro, deste princípio. Não obstante, a fundamentação para a sua prisão, após esgotamento dos recursos em segunda instância, se deu em razão do HC nº 126.292/SP, proferido em 2016, que modificou o entendimento anteriormente sustentado pelo Supremo, permitindo o recolhimento à prisão sem o trânsito em julgado da ação penal, como será visto posteriormente. Vale ressaltar que, embora a nova interpretação dada pelo STF tenha ganhado os holofotes apenas no final de 2017 e início de 2018, várias ações foram intentadas com o escopo de buscar a declaração de constitucionalidade de artigo de lei - caso das ADC's 43 e 44 - e, conseqüentemente, a declaração de inconstitucionalidade do

³¹ O art. 102 da CRFB traz em seu *caput*, a competência expressa ao STF de guardião da CRFB, assim disposto: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]” (BRASIL, 2017e).

referido remédio constitucional no que compete ao princípio da presunção de inocência.

Assim, para assumir a posição de preceito constitucional, o princípio da presunção de inocência foi tomando corpo, sentido e alcance distintos conforme seu emprego. O reconhecimento de um direito individual do ser humano e as garantias que guardam o processo penal sofreram modificações ao longo da história, visto que o direito de punir e as leis vigentes variam conforme cada país e momento histórico em que ele é visto, discutido e interpretado.

Historicamente, o direito de punir durante o século XVII era do soberano que possuía a discricionariedade para a aplicação das penas, como o caso do suplício³² ao criminoso que ofendeu, diante do crime praticado, o próprio príncipe, já que o Estado era uma simples extensão de seu soberano (CAMARGO, 2005, p. 16). Neste período, independentemente da comprovação final da culpa, o mero indício de responsabilidade já culminava em certo grau de pena imposta, donde a incerteza quanto a autoria do crime, ao invés de inocentá-lo (respeitando o princípio atualmente conhecido como *in dubio pro reo*³³), trazia a certeza de uma pena a ser aplicada, em conformidade com o grau de “culpa” averiguado. Levando em conta, ainda, que as decisões possuíam altíssimo grau de “interesses políticos e econômicos” que, de um lado, buscavam enaltecer o soberano em relação ao súdito e de outro davam ampla margem discricionária aos magistrados, os quais julgavam conforme sua conveniência ou vantagens adquiridas (CAMARGO, 2005, p. 16-19). Denota-se que neste período, o modelo de processo penal:

Consistia em um procedimento secreto do início ao fim, no qual a forma imperativa sobre o conteúdo das normas, o indivíduo não era informado acerca das acusações, as provas estavam hierarquizadas em ordem de importância, em que os indícios e as presunções ocupavam um lugar de destaque. Todo o conjunto probatório apanhado no processo era destinado para culminar em um momento chave: a confissão. (CAMARGO, 2005, p. 18).

³² A pena de suplício, segundo Camargo (2005, p. 17), “foi a punição realizada para causar sofrimento físico ao culpado e, quando maior fosse essa dor, mais suprema seria a pena dentro da escala hierárquica, já que eram classificadas conforme o grau de dor que causavam e aplicadas de acordo com a gravidade do delito”.

³³ Este princípio garante ao réu que, “existindo dúvida na interpretação da lei ou na capitulação do fato, adota-se aquela que for mais favorável ao réu. Nessa esteira, o STF firmou o entendimento de que, no julgamento de matéria criminal, havendo empate na votação, a decisão beneficiará o réu”. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 183). Sobre o mesmo tema leciona Nucci (2017b, p. 34): “[...] em caso de dúvida, deve prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado.”

Já no final do século XVIII, a população, cansada de ter o Estado como carrasco, sem qualquer restrição dos atos do soberano, advindo do modelo inquisitório³⁴ aplicado à época, vê surgir, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789³⁵, na França, o início de direitos reconhecidos pelos povos, marcando a transição para o modelo acusatório no processo penal, em que tocava ao juiz somente a função de garantir que os atos realizados respeitassem os trâmites processuais e, ao final, julgar segundo a lei, calhando às partes o papel de defensor e acusador.

Com o advento do Estado Moderno, o direito e o dever de punir àqueles que cometeram ações previamente definidas como conduta ilícita, é colocado nas mãos do Estado. Nada obstante, o grande desafio encontra-se em fazer com que a balança da justiça mantenha-se equilibrada, já que incumbe também ao Estado o poder-dever de garantir os direitos individuais de cada cidadão. Nasce, então, os direitos e deveres ditos por Camargo (2005, p. 24) como “ambíguos”, pois de um lado está o *jus puniendi* do estado, de outro, e não menos importante, está o *jus libertatis* do indivíduo.

De todo modo, o princípio da presunção de inocência foi sendo construído e moldado, no Brasil, ao longo dos anos, por vezes recebendo influências externas³⁶, seja doutrinária ou de movimentos realizados pelo mundo que resultaram em acordos e convenções ratificadas pelo Brasil, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 1948³⁷ e da Convenção Americana de Direitos

³⁴ Sobre os institutos, esclarece Pereira Neto (2011, p. 100): “se no sistema inquisitivo o juiz é o autor e a acusação, no acusatório cada personagem tem papel próprio e distinto não cabendo ao juiz decidir, mas mediar o processo de forma a se aplicar a lei adequadamente”. No sistema inquisitivo, “a confissão do réu era considerada a rainha das provas; não há debates horais, predominando procedimento exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso, há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa” (NUCCI, 2017b, p. 71).

³⁵ IX – Todo homem é tido como inocente até o momento que seja declarado culpado; se for julgado indispensável para a segurança de sua pessoa, deve ser severamente reprimido pela lei. (FRANÇA, 1789).

³⁶ Segundo Camargo (2005, p. 57-58), historicamente, o princípio recebeu um triplo significado e, quando influenciado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ganhou conotação de “**regra de tratamento** do acusado durante o Processo-Crime”. Sob a influência da Escolas Penais Italianas, o princípio foi instituído como um “**modelo de Processo Penal**, de matriz liberal, que se preocupava primeiramente em proteger os direitos do indivíduo”. Por fim dispõe do princípio como “**regra probatória ou de juízo**, atuante no decorrer e no deslinde final do Processo Penal”, influenciado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.

³⁷ Dispõe que: “Artigo 11. I) Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa. [...]” (ONU, 1948).

Humanos³⁸ (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, regulamentada pelo Decreto nº 678/92. O fato é que apenas nos últimos anos, precisamente após o fim do regime militar e com a promulgação da CRFB, ele adquiriu força e maior emprego pelos magistrados. O texto constitucional assim dispõe: Artigo 5º, “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2017e).

A doutrina brasileira passou a lecionar sobre o tema, definindo-o como garantia do indivíduo dentro do processo, cunhado no *jus libertatis* outrora mencionado, já que extinta a presunção de culpabilidade do modelo inquisitivo, senão veja-se:

Essa garantia processual penal tem por fim tutelar a liberdade do indivíduo, que é presumido inocente, cabendo ao Estado comprovar a sua culpabilidade. Constitui importante conquista dos cidadãos na luta contra a opressão estatal, erigida nos ordenamentos constitucionais modernos como direito fundamental decorrente do postulado do respeito à dignidade da pessoa humana. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 183).

Compete ao Estado, através do Ministério Público, titular da ação penal pública e, segundo o artigo 127, *caput*, da CRFB, “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 2017e), cabendo-lhe o papel de acusador em cada caso concreto, quando existirem contra o réu provas ou indícios suficientes de materialidade e autoria. Contudo, o princípio da presunção de inocência, tal qual defende Flavia Bahia (2017, p. 188), impõe limitação à atuação do Estado:

De acordo com essa presunção *iuris tantum*, a Constituição de 88 determina que somente será considerado culpado o condenado por sentença irrecorrível. Até aí o acusado tem o direito de não ostentar o status de condenado. A situação de dúvida deve ser observada até o fim para a proteção do homem. Esse princípio, também denominado como da não culpabilidade, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário (BAHIA, 2017, p. 188).

Ainda sobre o tema, afirma Moraes (2011, p.127):

³⁸ Assim diz o art. 8º, 2, 1ª parte - “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5º, inciso LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios.

À vista disso, percebe-se a preocupação do doutrinador em garantir que os efeitos que decorrem da condenação penal, não atinjam o acusado sem que tenha havido sentença irrecorrível, sob pena de que os danos causados, tanto à sua imagem, quanto em diversos aspectos de sua vida (trabalho, família, círculo de conhecidos), sejam impostos a um inocente, o que foi expresso pelo Ministro Carlos de Brito em seu voto, quando mencionou os efeitos quádruplos sofridos pelo réu, como segue:

Primeiro, com sua ordem de prisão, o indivíduo sofre um abalo psíquico. A sua autoestima fica ao rés do chão. Segundo, é um desprestígio familiar, é um fato que causa uma comoção doméstica, inclusive com repercussão no trabalho, na obtenção do ganho da família. Terceiro, é um fator de desqualificação profissional. O fato em si da prisão circula, chega ao conhecimento de outras pessoas, de outras esferas sociais e o indivíduo que é preso vê reduzidas as suas oportunidades de emprego. E, finalmente, o desprestígio social, o conceito social, que também fica abalado. E tão grave quanto irreparável o dano da prisão nessa quádrupla projeção. Então a ênfase constitucional posta na defesa da liberdade é plenamente explicável. (BRASIL, 2018q, p. 4-5).

Aliás, a CRFB é bastante protecionista, buscando evitar que atrocidades cometidas, semelhantes às ocorridas durante o regime militar, voltem a se instalar no Brasil, momento em que não havia qualquer garantia durante o processo penal. Motivo pelo qual o artigo 5º, incisos LXI e LXVI, da CRFB, veda a prisão do suspeito, exceto em determinados casos, assim como o artigo 283 do Código de Processo Penal, recepcionado na legislação, assim preveem:

Art. 5º- [...]

LXI- ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 2017e).

[...]

LXVI- ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 2017e).

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em

decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 2018d).

Acerca da possibilidade de relativização do princípio da presunção de inocência e mantendo o liame protecionista, assevera Taporosky Filho (2017, p. 85):

Assim, não sobra espaço algum para se falar em relativização de um preceito constitucional. Com a presunção de inocência não se brinca, não se relativiza. É norma constitucional que há de ser observada, não podendo ser vítima de subterfúgios utilizados por meio de discursos meramente retóricos, dotados de questões exógenas que não dizem respeito ao Direito. Reafirma-se, portanto, a necessidade de se fazer valer a presunção de inocência, o que deve ser feito de forma categórica e concreta.

Alguns autores entendem ser violada a presunção de inocência caso seja levada a prisão sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado da ação penal condenatória³⁹; outros defendem que tal ocorrência em nada desrespeita o princípio, consistindo, tão somente, em um modo de efetivação do direito ante tantos recursos protelatórios instaurados pelo acusado, bem como a morosidade do Judiciário em apreciar os recursos. Contudo, incumbe ao Judiciário, em especial o STF, a interpretação da CRFB em face dos conflitos fora do campo abstrato, principalmente quando ocorrem divergências ou choques de princípios⁴⁰ em razão do significado e aplicação destes.

De toda sorte, fato é que a execução provisória da pena tem sido tema de discussões e controvérsias também no Judiciário quanto ao início de seu cumprimento, mais precisamente, quanto à possibilidade do recolhimento à prisão em sede de execução provisória da pena e, de fato, mesmo após a promulgação da CRFB, até 2009, era possível a execução de sentença, havendo como entendimento de que a execução provisória não ia de encontro ao princípio da presunção de inocência. Porém, em face das divergências de julgamento entre as Turmas, os autos foram enviados ao pleno do STF que, por maioria, trouxe nova compreensão para o instituto no HC nº 84.078/MG. Nele, o Relator Ministro Eros Grau ressaltou os

³⁹ Flavia Bahia (2017, p. 188) e Muniz (2017, p. 41-43).

⁴⁰ A Colisão de princípios ocorre quando dois ou mais princípios são aplicáveis ao mesmo caso, de modo que obsta a utilização do outro. Segundo Alexy (2006, p. 93): “[...] Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. [...]”.

princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana como argumentos em seu voto, que foi acompanhado por Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Carlos de Brito, Cesar Peluso e Gilmar Mendes:

Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

[...]

A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão (BRASIL, 2018q, p. 7-8).

Essa perspectiva permaneceu até a análise do HC nº 126.292/SP em 2016, retomando interpretação anteriormente sustentada, sob o vértice de que é na condenação em segundo grau que finda a possibilidade de discussão da matéria fática, com fundamento do artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90⁴¹, ainda vigente à época da prolação do acórdão, em que os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores fossem recebidos apenas no efeito devolutivo, não havendo óbice para o cumprimento da decisão. Realidade diferente em razão dos artigos 995 e 1.029, § 5º, da Lei nº 13.105/15⁴² do Código de Processo Civil, que passou a vigorar em maio de 2016, os quais preveem a possibilidade dos recursos receberem efeito suspensivo e que, combinados ao artigo 3º⁴³, do Código de Processo Penal, aplicando-se subsidiariamente ao Direito Penal. Alegada decisão foi assim ementada:

⁴¹ “Art. 27, § 2º - os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo. (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015)” (BRASIL, 2018j).

⁴² “Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” (BRASIL, 2018c). “Art. 1.029, [...] “§ 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: [...]” (BRASIL, 2018c).

⁴³ “Art. 3º - A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (BRASIL, 2018d).

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2018p).

Para o Ministro Teori Zavascki, o princípio toma nova roupagem do que até então entendido desde sua previsão na CRFB, eis que a presunção de inocência finda com a sentença de primeiro grau pelo magistrado, assumindo o réu a condição de culpado, “embora não definitivo” por efeito de recurso procedente. De todo modo, o Ministro salienta em seu voto que o acusado não seria privado da liberdade, exceto por necessidade de prisão cautelar, até o exaurimento dos recursos em segunda instância:

Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. (BRASIL, 2018p, p. 9).

Através das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's) 43 e 44, apensadas em razão da discussão pelo mesmo dispositivo, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), buscaram a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP (veda a prisão, salvo as cautelares devidamente fundamentada), assim como fosse decretada a suspensão da execução provisória em todo Brasil. No entanto, em decisão proferida em 05 de setembro de 2016, prevaleceu o mesmo posicionamento, de modo que, segundo o voto do Ministro Barroso, o princípio da presunção de inocência foi relativizado em detrimento do *jus puniendi* do Estado, ou seja, o direito coletivo prevaleceu sobre um direito individual:

Portanto, o segundo fundamento constitucional que legitima a prisão nesses casos é que se faz uma ponderação e, depois da condenação em segundo

grau, o peso da presunção da inocência ou não culpabilidade fica muito mais leve, menos relevante em contraste com o peso do interesse estatal em que os culpados cumpram pena em tempo razoável. (BRASIL, 2018o, p. 9).

Em 2018, no HC nº 152.752/PR, o Ministro foi além, auferindo escalas de peso para a presunção de inocência desde a investigação até o acordão em segunda instância se comparados, segundo ele, a outros valores também protegidos:

Quais os princípios em jogo na presente discussão? De um lado, o princípio da inocência ou da não culpabilidade; de outro lado, o da efetividade mínima do sistema penal, que abriga valores importantes como a realização da justiça, a proteção dos direitos fundamentais, o patrimônio público e privado, a probidade administrativa.

Quando a investigação começa, o princípio da presunção de inocência tem o seu peso máximo. Com o recebimento da denúncia, este peso diminui. Com a sentença condenatória de 1º grau, diminui ainda mais. Quando da condenação em 2º grau, o equilíbrio se inverte: os outros valores protegidos pelo sistema penal passam a ter mais peso do que a presunção de inocência e, portanto, devem prevalecer (HC 152.752 ANOTAÇÕES, 2018, p. 13).

O entendimento foi reafirmado face à Repercussão Geral em Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246 RG/SP. Tem-se, deste modo, a relativização de um princípio em detrimento de outro, através da ponderação em abstrato, retornando ao *status quo ante*.

Nas palavras de Costa (2003, p. 121), “o grande problema das democracias ocidentais é conciliar a liberdade, imprescindível à dignidade do homem, com as exigências de segurança cada vez mais complexas”. Diante disso, o empenho a ser empregado pelo Judiciário consiste em manter o equilíbrio nas decisões proferidas (já que o “dever ser” e o *modus operandi* está, como mencionado, em constante mudança), sem qualquer distinção de nível social, cor, religião, etc., sem deixar-se, ainda, levar por pressões sofridas, de cunho político ou da própria sociedade insatisfeita e receosa, a fim de evitar que o direito objetivo do Estado de punir não se sobressaia sobre o direito subjetivo individual, aplicados em cada caso concreto.

3.3 ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* Nº 126.292/SP.

Como abordado, o HC nº 126.292/SP marcou, significativamente, o mundo jurídico, pois foi o ponto de partida para a “retomada da tradicional jurisprudência” pelo Supremo, como denominou Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 526), visto que o STF tem a função de garantir a aplicação da lei sob a luz da CRFB. Segundo enfatiza Camargo (2005, p. 58):

[...] o peso mais influente para conduzir o alcance e o significado da presunção de inocência está na força interpretativa das decisões judiciais, que contribuem não só para o ajuste ao caso concreto, mas, principalmente, para tornar efetiva a tutela por ela permitida.

De acordo com a concepção a partir deste julgado, o princípio da presunção de inocência não impede a execução provisória de sentença penal condenatória confirmada em segundo grau, mesmo que ainda pendente de recursos - Recurso Especial ao STJ e Recurso Extraordinário ao STF –, possibilitando que o réu seja recolhido à prisão. À vista disso, verificar-se-á os motivos determinantes utilizados pelo STF para justificar verdadeira reviravolta na posição adotada desde o HC nº 84.078/MG em 2009.

Nos termos do relatório, o paciente foi condenado em primeira instância à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II do CP. A defesa apelou, porém teve o provimento negado em segunda instância, com a imediata expedição de mandado de prisão do paciente. A defesa buscou garantir a liberdade do réu até o trânsito em julgado da ação em *habeas corpus* impetrado junto ao STJ, que teve o pedido liminar negado. Em *habeas corpus* dirigido ao STF, em 05 de fevereiro de 2015, o Ministro Teori Zavascki deferiu a suspensão do mandado de prisão. As teses arguidas pela defesa sustentavam, sobretudo, a ausência de motivação da decisão para justificar a prisão e a carência de trânsito em julgado para sua aplicação. Como relator, o Ministro Teori Zavascki, delimitou o assunto a ser abordado, pautado entre o direito individual versus o direito coletivo:

[...] a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas

aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (BRASIL, 2018p, p. 4-5).

Para o Ministro, a presunção de inocência é relativizada ante a sentença condenatória prolatada em primeiro grau, por ser recorrível. Contudo, confirmada em segundo grau finda sua aplicabilidade, eis que é nesta instância ordinária que são esgotados o reexame de fatos e provas discutidos no processo. Segundo ele, “[...] com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa” (BRASIL, 2018p, p. 9), e a partir deste momento torna-se possível a execução da pena. Sobre o tema emendou Fachin (BRASIL, 2018p, p. 23): “As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes”, e, como lembrou Cármen Lúcia (BRASIL, 2018p, p. 61), o entendimento já se encontra sumulado pelo Supremo (Súmula nº 279, do STF).

Outro fundamento utilizado pelo Relator é o fato de que a defesa dos réus utiliza dos recursos, em regra, como meio protelatório, o que resulta, por muitas vezes, na prescrição da punibilidade. Deste modo, votou pela denegação da ordem e revogação da liminar deferida.

Acompanhando o voto do Relator, o Ministro Edson Fachin deu ênfase no caráter principiológico da presunção de inocência, razão pelo qual, segundo ele, tem que ser visto e aplicado em consonância com os demais mandamentos constitucionais, evitando a construção de um “super princípio”, utilizado em detrimento de outros, tais como os princípios da duração razoável do processo e soberania do tribunal do júri (BRASIL, 2018p, p. 22). Defendeu, além disso, maior limite ao inciso LVII, artigo 5º, da CRFB do que aquele entendimento já aplicado, que consistia na certificação do trânsito, em recursos, após desprovido o segundo embargos (BRASIL, 2018p, p. 25).

Quanto a relativização mencionada por Zavascki e o caráter principiológico evidenciado por Fachin, Barroso aprofunda-os em seu voto, destacando a necessidade de se realizar uma ponderação entre o princípio da presunção de inocência e os princípios da efetividade do sistema penal e credibilidade da justiça, mediante utilização do princípio da proporcionalidade, de modo a equilibrar a atuação do Estado, vedando tanto seus excessos na aplicação dos direitos fundamentais, quanto “à proteção deficiente” (BRASIL, 2018p, p. 42), eis

que, conforme afirma, não se tratam de normas e, sim, de princípios e, por não serem absolutos, podem sofrer limitações por parte de seus aplicadores (BRASIL, 2018p, p. 42). Ao que tudo indica, evidencia-se uma tendência de sopesar o princípio da presunção de inocência conforme o grau de andamento processual em que se encontra o processo, atribuindo-lhe maior ou menor aplicabilidade, como extrai-se do voto de Barroso:

Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. (BRASIL, 2018p, p. 41).

Tendência mais uma vez reproduzida no voto de Gilmar Mendes (BRASIL, 2018p, p. 68): “Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável”, posição diversa daquela assumida pelo próprio Ministro no HC nº 84.071/MG (BRASIL, 2018q, p. 1181-1186).

O Ministro Barroso, enumerou outras duas consequências negativas ao entendimento firmado em 2009, além dos pedidos meramente protelatórios e por conseguinte, dos “gastos de tempo e recursos”. Aquele posicionamento, segundo ele, carreou no descrédito da população para com o sistema penal, assim como conduziu em uma maior seletividade da população encarcerada advinda deste sistema, visto que “[...] na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária” (BRASIL, 2018p, p. 34). Ressaltou a ocorrência do instituto da mutação constitucional em face do novo posicionamento adotado pelo Supremo, ato que abriu debate doutrinário quanto a legitimidade do STF para tal mudança pela via informal, pois conforme salienta Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 528-

529), dificilmente ocorreria pela via formal mediante proposta de Emenda Constitucional⁴⁴:

Ora, fundamental destacar que a Constituição estabelece vedação expressa às Emendas Constitucionais que visem abolir ou restringir direitos, de tal forma que qualquer alteração formal ao princípio da presunção de inocência deveria ser, necessariamente, expansiva (FERNANDES, 2017, p. 528-529).

Contudo, Barroso enfatizou que o pressuposto resguardado pela CRFB para a prisão está na ordem judicial fundamentada e não na exigência de trânsito em julgado. A nível infraconstitucional, elevou à regra a prisão em razão da execução provisória da pena, e a liberdade, em exceção, eis que comparou-a à “ordem pública”, requisito presente no artigo 312 do CPP, o qual permite a prisão provisória. Segundo ele:

No momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal (BRASIL, 2018p, p. 45).

Divergindo, a Ministra Rosa Weber alicerceou seu voto de modo a preservar a segurança jurídica das decisões (BRASIL, 2018p, p. 55-57). O Ministro Marco Aurélio, foi além, segundo ele “[...] em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida” (BRASIL, 2018p, p. 77).

Tal qual se desenhcou a mudança de posição pela Casa, sustentou Marco Aurélio certo receio quanto ao fim do modelo garantista e da atribuição de “cidadã” à CRFB (BRASIL, 2018p, p. 76), assegurando não haver possibilidade de interpretação diversa do texto expresso da CRFB, eis que a liberdade daquele preso injustamente, uma vez retirada, jamais poderia ser devolvida. De igual modo argumenta Lewandowski (BRASIL, 2018p, p. 99-102). Para ele, o ordenamento

⁴⁴ O fato também foi questionado pelo Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2018p, p. 78), quanto à possibilidade de limitação do artigo 60 da CRFB, o qual traz a previsão para Emenda à CRFB, porém impõe restrições a esta faculdade, veja-se: “art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 2017e).

jurídico eleva em maior número a pena em crimes contra o patrimônio do que àqueles cometidos contra a pessoa salientando que, embora o Código de Processo Civil, em seu artigo 520, inciso II, tenha garantido o ressarcimento de valores em caso de modificação da sentença, não há possibilidade de retorno ao estado *quo ante* no Direito Penal, nem o Estado possui condições de indenizar aquele que tem sua condenação revertida em sede de recurso nas Instâncias Superiores.

Na mesma senda, Celso de Mello deu destaque ao princípio, dispondo que “[...] **a presunção de inocência** *representa uma notável conquista histórica* dos cidadãos em sua **permanente** luta **contra** a opressão do Estado e o abuso de poder” (BRASIL, 2018p, p. 80), sustentando a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da ação como garantia individual do cidadão que, de todo modo, não impediria as prisões cautelares “[...] em ordem a preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular” (BRASIL, 2018p, p. 89).

Outro ponto levantado por Lewandowski, está no fato de que o sistema prisional encontra-se falido e que a mudança de entendimento ensejaria em um elevado número de presos, o que contribuiria para a reprodução de inconstitucionalidades, haja vista o Estado não poder garantir direitos inerentes aos encarcerados, tais como os previstos no artigo 41, da Lei de Execução Penal:

Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, data venia, me causa a maior estranheza (BRASIL, 2018p, p. 98).

De todo modo, firmou consolidada a mudança de posição pelo Supremo neste julgado por maioria dos votos, inclusive reconhecida como Tese de Repercussão Geral no ARE nº 964.246 RG/SP. Porém, os Ministros Barroso e Cármen Lúcia dispuseram em seus votos, respectivamente:

E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.) (BRASIL, 2018p, p. 37).

[...] considere que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; [...] Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais (BRASIL, 2018p, p. 61).

Assim, segundo a Ministra, apesar do réu ser considerado condenado com a confirmação da sentença em segundo grau, poderá ser reconhecido como culpado somente após o trânsito em julgado da ação. No que concerne este entendimento, ressalta-se as palavras de Muniz (2017, p. 42):

Parece-nos que a primeira observação é a de que a subversão do STF permitiu a prisão após a condenação em segunda instância, mas a leitura dos votos dos ministros leva à conclusão, um tanto inusitada, de que é possível o cumprimento de pena antecipado, enquanto que nenhum chama o condenado em segunda instância propriamente de “culpado”. É a inauguração da pena sem culpa, vedada pela Constituição [...].

Denota-se que, embora aceita a execução provisória da pena, os efeitos extrapenais da condenação só atingiriam o agente público na esfera administrativa - perda do cargo ou função pública - após o trânsito em julgado da sentença condenatória, eis que diferentes os institutos de culpa e condenação.

4 (IM)POSSIBILIDADE DA PERDA DO CARGO, FUNÇÃO PÚBLICA OU MANDATO ELETIVO NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: DISPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E ANÁLISE DOS JULGAMENTOS A PARTIR DO HC Nº 126.292/SP.

Como explanado, aquele servidor público que comete ilícito poderá, em razão da autonomia das esferas, ser punido administrativa, civil e penalmente pelo crime cometido. Deste modo, far-se-á um exame mediante reflexão sobre a expectativa da mitigação de direitos e princípios constitucionais, em contrapartida ao que vem sendo aplicados pelos tribunais, por efeito da retomada de posicionamento do Supremo, que permite a execução provisória antes do trânsito em julgado da ação penal, diante do esgotamento dos recursos em segunda instância

Para tanto, analisar-se-á os julgados realizados à partir do HC nº 126.292/SP nas instâncias superiores, - Superior Tribunal de Justiça (STJ), Supremo Tribunal Federal (STF) e Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF4) - no que se refere a possibilidade da imediata aplicação dos efeitos da condenação e, conseqüentemente, a perda de cargo ou função pública, ou mandato eletivo em relação às disposições doutrinárias e constitucionais sobre o tema.

4.1 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

A execução da pena, assim definida por Nucci como “[...] fase processual penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária” (2017b, p. 957).

Sobre o instituto conceitua Renato Marcão (2015, p. 31-32):

Adotado o sistema vicariante pelo legislador penal, e considerando que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, conforme anuncia o art. 1º⁴⁵ da Lei de Execução Penal, constitui pressuposto da execução a existência de sentença criminal que tenha aplicado pena, privativa de liberdade ou não, ou medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

⁴⁵ “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 2018h).

[...]

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

Logo, trata-se de um procedimento autônomo de natureza jurídica e administrativa⁴⁶. Jurídica, conforme dispõe o artigo 194 da Lei de Execução Penal, pois cabe ao juiz da execução a responsabilidade pelos atos decisórios proferidos nesta fase processual, assim como possui um caráter administrativo, embora secundário, “[...] a exemplo da expedição de guia de execução penal e da emissão de ordens à direção do estabelecimento prisional, com o controle e a fiscalização do cumprimento da pena [...]” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1.396), que tem por objetivo fazer cumprir o título executivo expresso em uma decisão judicial transitada em julgado (art. 105, LEP). Caso seja imputado ao condenado pena privativa de liberdade, deverá acompanhar a decisão, obrigatoriamente, a guia de recolhimento expedida pelo juiz da condenação segundo dispõem os artigos 105 e 107, *caput*, satisfeitos os requisitos do artigo 106, todos da LEP, permitida a progressão⁴⁷ para os regimes menos gravosos após cumprido o lapso temporal exigido por lei⁴⁸ (NUCCI, 2017b). Sobre a execução da pena e diante dos referidos artigos, Tucci (2009, p. 234) “estabelece um, único, pressuposto (à evidência, *jurídico*) da execução penal, qual seja o título executivo consubstanciado em *ato decisório de mérito condenatório, coberto pela coisa julgada*; [...]”.

Ocorre que em razão das prisões de caráter cautelar, deu-se início a execução provisória da pena sem, contudo, garantir ao preso provisório os mesmos direitos assegurados àquele preso com condenação definitiva, tais como a

⁴⁶ Sobre o tema, os autores Nucci (2017b, p. 958-959), Távora; Alencar (2014, p. 1396) lecionam acerca da existência de uma natureza dúplice da pena, com predominância da jurisdicional sobre a administrativa. Contudo, Marcão (2015, p. 33) reconhece, tão somente, sua natureza jurídica, “[...] não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve”.

⁴⁷ Dispõe a LEP: “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.” [...] (BRASIL, 2018h).

⁴⁸ Segundo Marcão (2015, p. 159): “Devem coexistir os requisitos objetivo (cumprimento de 1/6, na generalidade dos crimes; 2/5, se primário, ou 3/5, se reincidente, em se tratando de crimes hediondos ou assemelhados) e subjetivo (boa conduta carcerária, comprovada por atestado firmado pelo diretor do estabelecimento; portanto, mérito). Não basta a progressão a satisfação de apenas um deles”.

progressão e regressão⁴⁹ de regime e detração⁵⁰ da pena, pelo fato de não haver previsão legal para tanto. Nas palavras de Nucci (2017a, p. 784):

Em suma, terminamos nos convencendo da relevância da execução provisória da pena, inclusive porque os direitos e garantias humanas fundamentais não podem ser usados contra os interesses dos indivíduos. São autênticos escudos protetores dos abusos estatais; negar a execução provisória seria cometer uma injustiça contra quem deseja recorrer, valendo-se do duplo grau de jurisdição.

Nesta diapasão, o réu encarcerado, que recorria da condenação, tendia a ficar preso por mais tempo que o condenado que se conformava com a sentença imposta, pois enquanto este fazia jus a progressão do regime e demais direitos atinentes a fase de execução, àquele cumpria preso, na maioria das vezes, a totalidade do período de pena imposta em razão da morosidade do Judiciário em apreciar o recurso interposto. Assim, em 1994, foi expedido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), a Resolução nº 14, que em seu artigo 61, fixava regras mínimas de tratamento do preso provisório no Brasil. Já em 1999, por deliberação do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, reconheceu-se cabível a execução provisória, havendo a expedição de guia de recolhimento provisório pelo juiz da execução, regulamentada pela Resolução nº 19 de 2006 (NUCCI, 2017a, p. 800-801). As súmulas do STF nº 716 e 717, reafirmam o direito à progressão do preso provisório e o recolhido em estabelecimento especial. Deste modo, Nucci (2017a, p. 800-801) declara a execução provisória como um “[...] direito reconhecido aos presos provisórios para, depois de condenados, enquanto aguardam o resultado de seus recursos, pleitear a execução provisória da pena aplicada, podendo progredir de regime ou obter outros benefícios”.

Todavia, com a retomada do entendimento pelo Supremo no HC nº 126.292/SP, passou a ser novamente aceito a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da ação penal condenatória, de sentença confirmada em

⁴⁹ A regressão consiste “[...] na passagem de regime de menos severo (aberto ou semiaberto) ao mais rigoroso (semiaberto e fechado). Tal situação poderá ocorrer se o condenado: a) praticar fato definido como crime doloso ou falta grave [...]; b) sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime [...]” (NUCCI, 2017b, p. 996-997).

⁵⁰ Conceitua Nucci (2017b, p. 639): “A detração é o instituto penal, a ser considerado na fase da execução penal, consistente no desconto na pena final do tempo de prisão cautelar (art. 42, CP), como forma de compensação pelo tempo de detenção provisória, enquanto o processo tem seu curso”. Obedecendo, deste modo, o disposto no artigo 387, § 2º do Código Penal.

segunda instância, ainda que o réu tenha permanecido solto durante a instrução e o processo criminal, por entender que tal posicionamento não fere o princípio da presunção de inocência, servindo como garantia à ordem pública com a prevalência dos princípios da efetividade do sistema penal e credibilidade da justiça (BRASIL, 2018p, p. 42-43).

Cumprе ressaltar que a condenação penal surte vários efeitos, conceituados como principal, secundários e extrapenais, que “não se cingem à esfera penal; ao contrário, incidem também, conforme o caso, no âmbito extrapenal (cível, administrativo, político, trabalhista)” (PRADO et al., 2014, p. 551), veja-se:

No campo penal, o efeito principal da sentença é a aplicação da pena; o efeito secundário é mais amplo: geração de mau antecedente, reincidência, aptidão para revogar algum benefício penal, como o sursis ou o livramento condicional, entre outros. No campo extrapenal, os efeitos são sempre secundários e dividem-se em efeitos genéricos e específicos da sentença condenatória. Os genéricos são automáticos e valem para todos os delitos, mesmo que o juiz nem faça referência a eles na decisão (estão previstos no art. 91, CP). Os específicos somente legitimam-se para determinados delitos e, para a sua aplicação, é preciso que o magistrado os fixe na sentença (art. 92, CP) (NUCCI, 2017a, p. 1.024).

O CPP previa em seu artigo 393 (revogado pela Lei nº 12.403/2011), a aplicação imediata da privação de liberdade, logo após a sentença recorrível, assim como o lançamento do nome do condenado no rol dos culpados (TOURINHO FILHO, 2013, p. 382). Todavia, após o julgamento do HC nº 84.071/MG, ficou resguardado o direito do réu de permanecer em liberdade, salvo necessidade de prisão preventiva “[...] como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (BRASIL, 2018d, art. 312, *caput*, do CPP), devidamente expressa pelo magistrado ante o princípio da motivação das decisões judiciais, condicionando a aplicação dos efeitos da pena, inclusive o efeito primário, ao trânsito em julgado da ação.

A perda do cargo público é vista no artigo 92, I, do CP, como efeito extrapenal secundário e genérico, eis que por força do parágrafo único, impõe expressa motivação “a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública” (BRASIL, 2017a); são estes os crimes funcionais, ou ainda, àqueles não funcionais “b) quando for aplicada pena privativa

de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos” (BRASIL, 2017a). Contudo, há a possibilidade da perda do cargo sem que haja qualquer menção do teor da condenação⁵¹, assumindo caráter extrapenal secundário específico, caso do crime de tortura previsto no artigo 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/97, não havendo qualquer requisito de tempo mínimo de pena (CAPEZ, 2006, p. 677).

Neste contexto, tornou-se possível a aplicação imediata do efeito principal da condenação, logo após o término dos recursos em segunda instância (BRASIL, 2017e), que consiste na prisão do réu. Quanto aos efeitos secundários e extrapenais, é necessário o trânsito em julgado da ação penal em face da interpretação apresentada pelos Ministros Barroso (BRASIL, 2018p, p. 37) e Cármen Lúcia (BRASIL, 2018p, p. 61), no HC nº 126.292/SP.

4.2 A (IM)POSSIBILIDADE DA PERDA DO CARGO, FUNÇÃO PÚBLICA OU MANDATO ELETIVO NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: DISPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS.

Abriu-se discussão doutrinária acerca da possibilidade, na execução provisória da pena, da imediata aplicação dos efeitos extrapenais da condenação. A possibilidade de execução provisória, como visto, advém da retomada de interpretação pelo Supremo no HC nº 126.292/SP, que mediante o instituto da mutação constitucional firmou nova perspectiva ao inciso LVII, artigo 5º, da CRFB, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2017e). Pelo posicionamento anteriormente sustentado, em face do princípio da presunção de inocência, ficava a prisão condicionada ao trânsito em julgado da condenação penal, exceto em caso de prisões cautelares. Diferentemente da nova percepção assumida, que relativizou a presunção de inocência, possibilitando a execução provisória de sentença recorrível, por entender que outros princípios constitucionais devam ser enaltecidos, como a

⁵¹ Há divergência doutrinária acerca da necessidade ou não, de motivação nos crimes de tortura. À favor estão Távora; Alencar (2014, p. 888) e Capez (2006, p. 677), contra Greco (2014, p. 673-674). O tema foi tratado no informativo nº 730 do STF, permitida a perda do cargo de forma automática.

efetividade do sistema penal, credibilidade da justiça e duração razoável do processo.

A despeito da previsão constitucional, no âmbito penal, de que o servidor estável somente perderá o cargo público em razão de sentença judicial transitada em julgado (art. 41, § 1º, I⁵², CRFB), tem-se questionado se, de fato, as limitações impostas à execução provisória da pena poderão ser revistas pelo Supremo, já que permitida a aplicação do efeito mais gravoso – a prisão -, visto que “alguns doutrinadores costumam dizer que ‘quem pode o mais, pode o menos’, a fim de justificar ou dar guarida para determinados atos que não estritamente previsto na questão problematizada” (TAPOROSKY FILHO, 2017, p. 83). Na mesma linha, conforme enfatiza Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 186), o posicionamento atual do STF impede, em razão do princípio da presunção de inocência, que o nome do réu seja posto no rol de culpados, devendo preceder de trânsito em julgado. Todavia, factível que o Supremo possa rever, a qualquer momento, o início da aplicação dos efeitos mencionados.

A Ministra Cármen Lúcia no HC nº 126.296/SP, diferencia os institutos culpa e condenação, de modo que possível a execução provisória da pena do condenado em segunda instância, porém, para que este seja considerado culpado, deverá haver, antes, o trânsito em julgado do processo. Em seu voto, assim dispôs:

[...] Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais (BRASIL, 2018p, p. 61).

Trata-se, como já mencionado, da aplicação de pena sem comprovação da culpa, o que para Muniz (2017, p. 42) “[...] impede a propagação e aplicação dos efeitos dos arts. 91 e 92 do Código Penal, se dermos a interpretação conforme a Constituição [...]”. Para Aita (2017, p. 45) o cenário posto “parece não deixar dúvida quanto à viabilidade da perda do cargo nas mesmas circunstâncias, até por se tratar de um mal menor a ser imposto ao indivíduo, que, se encarcerado, tampouco poderá desempenhar suas funções”, mesmo porque, segundo a autora,

⁵² “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado. [...]” (BRASIL, 2017e);

administrativamente, se admite que a pena seja cumprida tão logo determinada, e carente de efeito suspensivo seu recurso (AITA, 2017, p. 45). Tal entendimento firmou-se através da analogia ao MS nº 19.488/DF, analisado pelo STJ, tendo em vista que na esfera administrativa, as penas mais gravosas consistem na demissão e cassação de aposentadoria. Logo, em interpretação extensiva, possível que os efeitos se entendam ao servidor, incorrendo na perda do cargo estabelecida em decisão na esfera penal. O Mandado de Segurança foi assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. TÉCNICO DE ASSUNTOS EDUCACIONAIS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. ARTS. 127, IV, 132, IV E 134, DA LEI 8.112/1990. [...] 2. Não há ilegalidade no cumprimento imediato da penalidade imposta a servidor público logo após o julgamento do PAD e antes do decurso do prazo para o recurso administrativo, tendo em vista o atributo de auto-executoriedade que rege os atos administrativos e que o recurso administrativo, em regra, carece de efeito suspensivo (ex vi do art. 109 da Lei 8.112/1990). [...] (BRASIL, 2018y).

Cumprе ressaltar, no entanto, que as esferas são autônomas e que, no âmbito administrativo, a CRFB não faz do trânsito em julgado uma exigência para a perda do cargo ou função pública, e sim, a ampla defesa em processo administrativo (art. 41, § 1º, II⁵³, CRFB). Portanto, é consolidada a possibilidade, de imediato cumprimento de pena de demissão ao servidor público estável, utilizando nos julgados do mesmo argumento usado no HC nº 126.296/SP, de que os recursos, em regra, não possuem efeito suspensivo. É o caso, por exemplo, da Lei da Improbidade Administrativa (art. 20⁵⁴, Lei nº 8.429/92), quando aplicada à via administrativa.

Diferentemente do que ocorre na esfera penal, eis que, tanto a CRFB, quanto as leis infraconstitucionais parecem condicionar a perda do cargo, função ou mandato eletivo, à sentença irrecorrível, para só então comunicar à esfera administrativa para cumprimento da determinação. É o cenário imposto pelo artigo 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 201/76, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos

⁵³ “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: [...] II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; [...]” (BRASIL, 2017e);

⁵⁴ “Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória” (BRASIL, 2017k).

e vereadores, assim como o artigo 55 da CRFB, que elencam os motivos que ensejam a perda do cargo público, condicionando-a à deliberação da Câmara dos Deputados ou Senado Federal, quando houver condenação criminal transitada em julgado (art. 55, VI, § 2º, CRFB). O mesmo ocorre ao disposto no artigo 128, § 5º, I, “a”, da CRFB, e ao artigo 38, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), os quais impõem a necessidade de trânsito em julgado para a perda do cargo de membro do Ministério Público. Neste caso, não se fala em efeito extrapenal decorrente do artigo 92, do CP, porque a jurisprudência é pacífica no sentido de que a perda se dá em ação específica (ação civil pública), consoante §§ 1º e 2º da lei.

Tal qual, outros autores expressam discordância quanto à possibilidade de aplicação dos efeitos extrapenais, antes da consolidação da culpa como coisa julgada, visto que:

Aplicar qualquer daqueles efeitos previstos nos arts. 91 e 92 do Código Penal é ferir de morte a presunção de inocência. É por isso que se diz da impossibilidade de se antecipar *qualquer* efeito de uma condenação antes do trânsito em julgado do processo. Isso inclui a prisão e todos os efeitos de uma condenação – inclusive a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo (TAPOROSKY FILHO, 2017, p. 85).

Na mesma senda, elucida Tourinho Filho (2013, p. 382-383), trazendo à discussão, novamente, os prejuízos que sobreviriam ao réu com imposição da perda do cargo público:

Os demais efeitos se produzem após efetiva entrega da prestação jurisdicional, mesmo porque se devessem ser produzidos com a simples prolação da sentença, os prejuízos causados ao réu seriam desastrosos. Todos sabemos que, proferida sentença, a parte sucumbente pode dirigir-se à instância superior visando a um reexame, e, na hipótese de ser provido o recurso, obviamente os efeitos desapareceriam. Desapareceriam, mas ... deixariam sequelas irreparáveis. [...].

Sequelas estas, conforme vistas, de cunho moral, familiar e social, vez que o estigma imposto pela prisão, dificilmente desaparece com a simples reforma da decisão e posterior liberdade do réu.

Isto posto, embora a doutrina tenha aceito a tendência à modificação do momento inicial da aplicação dos efeitos da condenação (extrapenais específicos) pelas Instâncias Superiores, a legitimidade da perda do cargo público antes da ocorrência do trânsito definitivo da ação, ainda é tema de controvérsia entre os

doutrinadores. No entanto, esta posição é, até o momento, sustentada pelo Supremo.

4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL A PARTIR DO *HABEAS CORPUS* Nº 126.292/SP

A fim de apurar ocorrência de eventual modificação quando a interpretação, pelo Supremo, do momento da aplicação dos efeitos da condenação, verificou-se os julgados proferidos a partir do HC nº 126.292/SP, no Tribunais Superiores – STJ e STF – e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, entre o período de 18/02/2016⁵⁵ e 15/05/2018, mediante a busca dos seguintes termos: execução provisória, efeitos extrapenais da condenação, perda do cargo, emprego e mandato eletivo. No entanto, até a data mencionada, não há manifestação específica, destes Tribunais, acerca da (im)possibilidade da aplicação dos efeitos extrapenais da condenação antes do trânsito em julgado da ação penal.

Contudo, analisou-se o cenário jurídico atual, a fim de averiguar o caminho que, como indicam as decisões tomadas nos últimos anos, deverá tomar o Supremo no que concerne os efeitos da condenação por meio de interpretação análoga. Para tanto, foram escolhidas decisões que, de certa forma, influenciaram ou contribuíram para a fundamentação exposta no HC nº 126.292/SP.

Ainda em 2012, o Supremo julgou conjuntamente as ADC's 29 e 30 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), nº 4.578, propostas, respectivamente, pelo Partido Popular Socialista (PPS), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), buscando a declaração de (In)Constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010, a qual modificou dispositivos da Lei Complementar nº 64/1990, assim ementada:

EMENTA: AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE

⁵⁵ Dia seguinte ao julgamento do HC nº 126.292/SP.

DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. [...] 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal (BRASIL, 2018m).

Neste julgado, em sessão plenária e por maioria dos votos, sob a Relatoria de Luiz Fux, o acusado torna-se inelegível para concorrer a cargo público a partir da condenação, prevendo, dentre outros crimes dispostos na alínea “e”, do artigo 1º, da Lei Complementar 135/10⁵⁶, a perda do cargo público pelo abuso de poder, bastando que a decisão tenha sido proferida por órgão judicial colegiado. Tem-se, assim, o afastamento do princípio da presunção de inocência no âmbito eleitoral, como se percebe do voto do Relator:

Já é possível, portanto, revolver temas antes intocáveis, sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia que – louve-se isto sempre e sempre – já está solidamente instalada. A presunção de inocência, sempre tida como absoluta, pode e deve ser relativizada para fins eleitorais ante requisitos qualificados como os exigidos pela Lei Complementar nº 135/10. (BRASIL, 2018m, p. 24)

[...]

Nessa ordem de ideias, conceber-se o art. 5º, LVII, como impeditivo à imposição de inelegibilidade a indivíduos condenados criminalmente por decisões não transitadas em julgado esvaziaria sobremaneira o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, frustrando o propósito do constituinte reformador de exigir idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo, decerto compatível com o princípio republicano insculpido no art. 1º, caput, da Constituição Federal.

Destarte, reconduzir a presunção de inocência aos efeitos próprios da condenação criminal se presta a impedir que se aniquile a teleologia do art. 14, § 9º, da Carta Política, de modo que, sem danos à presunção de inocência, seja preservada a validade de norma cujo conteúdo, como acima

⁵⁶ “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: [...] 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública” (BRASIL, 2018g);

visto, é adequado a um constitucionalismo democrático. (BRASIL, 2018m, p. 29).

Joaquim Barbosa entende não haver incidência do princípio da presunção de inocência, pois, segundo ele, não se trata de uma pena, mas da reprovação por prática do agente, tida como imoral pela Administração:

Inicialmente, relembro a conhecida afirmação de que “inelegibilidade não é pena”, ou seja, de que as hipóteses que tornam o indivíduo inelegível não são punições engendradas por um regime totalitário, mas sim distinções, baseadas em critérios objetivos, que traduzem a repulsa de toda a sociedade a certos comportamentos bastante comuns no mundo da política. Os que adotam esses comportamentos não podem, obviamente, ter pretensão legítima a ascender à condição de representante do povo. Porque não são penas, as inelegibilidades não guardam pertinência com o princípio da presunção de inocência, isto é, não exigem, para a sua configuração, que se dê margem a especulações de caráter subjetivo a respeito do fato que as gerou. A inelegibilidade não constitui uma repercussão prática da culpa ou do dolo do agente político, mas apenas a reprovação prévia, anterior e prejudicial às eleições, do comportamento objetivamente descrito como contrário às normas da organização política (BRASIL, 2018m, p. 60-61).

Cumprе salientar o destaque dado pelo Ministro à insatisfação da população com o cenário político posto, ponto também albergado por Luiz Fux⁵⁷, assim mencionado:

Assinale-se, então, que, neste momento, vive-se – felizmente, aliás – quadra histórica bem distinta. São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país. Prova maior disso é o fenômeno da judicialização da política, que certamente decorre do reconhecimento da independência do Poder Judiciário no Brasil, mas também é resultado da desilusão com a política majoritária, como bem relatado em obra coletiva organizada por VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE (Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2009). O salutar amadurecimento institucional do país recomenda uma revisão da jurisprudência desta Corte acerca da presunção de inocência no âmbito eleitoral (BRASIL, 2018m, p. 23).

A decisão foi fundamentada nos princípios da moralidade administrativa (art. 14, § 9º, CRFB⁵⁸), da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que, para o

⁵⁷ Ressalva da discussão levantada por Gilmar Mendes, quando cita a vontade do povo em determinadas situações que, por vezes, diverge dos ditames da própria lei, diferente da função do STF: “Temos um papel didático-pedagógico de fazer valer o direito, às vezes contra a opinião popular. É preciso dizer isso com muita clareza. Esse é o *ethos* da jurisdição constitucional; do contrário – e vejo preladados aqui – nós validaríamos Pilatos. Há um clássico de Zagrebelsky, ‘A crucificação e a democracia’, em que ele discute o julgamento de Cristo. Esse julgamento foi democrático? Quem tinha razão?” (BRASIL, 2018m, p. 129).

Ministro Fux (BRASIL, 2018m, p. 20), não se mostra razoável nem proporcional que um cidadão que não cumpre os requisitos morais, possa candidatar-se à cargo público. Depreende-se do julgado que a simples condenação por órgão colegiado, permite a aplicação do efeito principal desta lei, que é tornar o condenado inelegível, cumprindo a finalidade acima ementada, que consiste na “[...] redução teleológica⁵⁹, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal” (BRASIL, 2018m, p. 1), ou seja, reduziu-se a aplicabilidade à esfera penal, afastando-a do âmbito eleitoral.

Em 2014, foi julgada a Repercussão Geral no HC nº 591.054/SC, no sentido de reconhecer que “[...] Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais” (BRASIL, 2018u, p. 1).

Contudo, entre os votos divergentes opostos, Lewandowski (BRASIL, 2018u, p. 15), defendeu que os antecedentes destacados no artigo 59⁶⁰, CP, diferem-se daqueles descritos no artigo 61, I,⁶¹ CP, a reincidência⁶². O que permitiria ao magistrado dosar a pena levando em conta as “várias passagens pela polícia”, e a discricionariedade inerente ao Judiciário. Já o Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2018u, p. 23), citou a possibilidade de redução teleológica do princípio da presunção de inocência, seguindo do mesmo argumento utilizado na ADC nº 29, defendendo a desnecessidade de condenação irrecorrível para utilização dos antecedentes. Acompanhado, ainda, por Teori Zavascki (BRASIL, 2018u, p. 40): “[...] revejo minha posição original para admitir como legítimo o agravamento da pena-base (art. 59 do

⁵⁸ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta” (BRASIL, 2017e).

⁵⁹ “Se a regra contida na lei foi, segundo o seu sentido literal, concebida de forma demasiado ampla, cumpre ao intérprete reduzi-la ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei. Esta operação, que afasta uma correspondência, ainda que mínima, com o elemento literal da lei, ao invés conferindo supremacia ao seu elemento teleológico e à finalidade da norma, é denominada de redução teleológica” (HENRIQUES, 2016, p. 147).

⁶⁰ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]” (BRASIL, 2017a).

⁶¹ “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência;” (BRASIL, 2017a).

⁶² Argumento compartilhado pela Rosa Weber, no qual defende não ferir a presunção de inocência (p. 21-22).

CP), desde que devidamente fundamentado, no caso de haver contra o réu sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado”. No entanto, por não haver condenação nos autos do caso concreto analisado, o Ministro denegou à ordem, acompanhando a maioria.

Todavia, um ano após julgada a Tese de Repercussão Geral, durante o julgamento do HC nº 94.620/MS, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, “O Tribunal se pronunciou no sentido da possibilidade de rever a tese firmada no RE 591.054, e, nesse sentido, o Ministério Público Federal envidará esforços para identificar um caso para submeter ao Plenário oportunamente” (BRASIL, 2018s, p. 2).

Embora a Tese não tenha sido revista, em fevereiro de 2018, sob o argumento utilizado por Lewandowski e Zavascki no HC nº 591.054/SC, a Segunda Turma, por maioria, no Recurso Ordinário em HC nº 138.936/RJ, afastou a tese do Relator Dias Toffoli de que, reconhecido pelo STJ a inexistência de justificativas que autorizem a fixação da pena base além do mínimo legal, haveria, então, de ser fixado o regime inicial menos gravoso, fixando-o em semiaberto, nos moldes do voto proferido:

Nem se argumente, por fim, dos feitos criminais sem trânsito em julgado aos quais responde o recorrente, pois, assim como eles não podem ser considerados para agravar a pena-base (v.g. RE nº 591.054- RG/SC e Súmula nº 444/STJ), não podem justificar a fixação de regime inicial prisional mais gravoso, à míngua de circunstâncias judiciais desfavoráveis” (BRASIL, 2018r, p. 9).

Por outro lado, o Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2018r, p. 15-22), denegou a ordem por entender possível a utilização dos requisitos do artigo 59, do CP, em qualquer das três fases da dosimetria da pena⁶³, de forma residual, desde que haja fundamentação do magistrado. Seguido, também, por Celso de Mello e Lewandowski, que frisou concordar que antecedentes, para serem utilizados como agravantes da pena-base, precisam ter transitado em julgado, porém, em face da motivação utilizada, valida o exposto no artigo 59 do CP (BRASIL, 2018r, p. 29). Dito isso, ficou claro a possibilidade de afastamento do princípio da presunção da

⁶³ Corresponde ao sistema trifásico de aferição da pena, pelo magistrado, contido no *caput* do artigo 68, do CP: “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento” (BRASIL, 2017a).

inocência da esfera penal, de modo a permitir a aplicação de um efeito secundário da condenação penal - os antecedentes -, ainda pendente de trânsito para agravar a pena.

Outro julgado que teve sua Repercussão reconhecida, na esfera administrativa, foi o Recurso Extraordinário nº 560.900/DF, em 2008, pendente de publicação do acórdão decisório. O RE trata da (im)possibilidade de exclusão de candidatos em concursos públicos com base em inquéritos policiais ou processos penais em curso. Em voto proferido em 11/05/2016, o Ministro Barroso, citou, mais uma vez, os argumentos usados para embasar a constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”, de modo a permitir que as condenações proferidas por órgãos colegiados, possam ser utilizadas como desqualificadora para a idoneidade moral:

Por outro lado, pedindo vênias a quem pense diferentemente e à jurisprudência predominante no Tribunal, entendo que é excessiva a exigência de que a condenação tenha transitado em julgado. Na ausência de lei, parece perfeitamente razoável aplicar por analogia os critérios previstos para fins eleitorais na LC nº 135/2010. Eles pressupõem não apenas o recebimento da denúncia e o transcurso de toda a instrução, mas também uma condenação definitiva ou um juízo colegiado, de cognição exauriente, no sentido da condenação. Este último julgamento é feito por juízes mais experientes, em estágio avançado da carreira judiciária, e não poderá ser revisto pelos Tribunais Superiores, em recurso especial e extraordinário, quanto às suas premissas fáticas (BRASIL, 2018t, p. 17).

À vista disso, o voto declamado exprime-se de modo a relativizar ou, até mesmo, afastar o princípio da presunção de inocência em detrimento ao princípio da moralidade administrativa. O Ministro sugeriu duas teses para delimitar a Repercussão Geral deste julgado:

1. Como regra geral, a simples existência de inquéritos ou processos penais em curso não autoriza a eliminação de candidatos em concursos públicos, o que pressupõe: (i) condenação por órgão colegiado ou definitiva; e (ii) relação de incompatibilidade entre a natureza do crime em questão e as atribuições do cargo concretamente pretendido, a ser demonstrada de forma motivada por decisão da autoridade competente. 2. A lei pode instituir requisitos mais rigorosos para determinados cargos, em razão da relevância das atribuições envolvidas, como é o caso, por exemplo, das carreiras da magistratura, das funções essenciais à justiça e da segurança pública (CRFB/1988, art. 144), sendo vedada, em qualquer caso, a valoração negativa de simples processo em andamento, salvo situações excepcionalíssimas e de indiscutível gravidade (BRASIL, 2018t, p. 24).

Factível, deste modo, a mudança de entendimento nesta Tese, para acompanhar a decisão proferida na área eleitoral, eis que, como demonstrado, na

esfera administrativa já se permite a execução provisória de decisão proferida por órgão colegiado, pendente de recurso sem efeito suspensivo.

Finalmente, segundo a tendência demonstrada pela linha decisória do STF, em 2016, no HC nº 126.292/SP, o Supremo modificou o entendimento, no âmbito penal, sobre a aplicação da execução provisória da pena, permitindo a prisão do réu quando houver condenação em segunda instância, mesmo que pendente de recurso extraordinário e especial. Permitiu-se, deste modo, a aplicação do efeito da pena mais gravoso, a privação de liberdade.

Embora o Ministro Barroso tenha explicitado em seu voto o momento da aplicação dos efeitos extrapenais que, segundo ele, a perda do cargo ou função só se daria após o trânsito em julgado⁶⁴, ao que tudo indica, nada impede que tal posicionamento seja revisto pelo Supremo, visto que, dentre os argumentos utilizados pelos Ministros no HC nº 126.292/SP, alguns foram trazidos dos votos proferidos nas ADC's 29 e 30, ou até mesmo, no caso do Ministro Luiz Fux (2018p, p, 60), cita o mesmo trecho reproduzido naquele julgado, com intuito de justificar a relativização do princípio da presunção de inocência. Extrai-se dos votos dos Ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes, respectivamente.

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado. (BRASIL, 2018p, p. 11-12)

Note-se que a Lei da Ficha Limpa considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados, a partir do julgamento em Tribunal (art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar 64/90, introduzido pela Lei Complementar 135/10).

Essa norma é constitucional, como declarado pelo Supremo Tribunal (Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgadas em 16.2.2012).

Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito. Igualmente, não parece incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena passe a ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso. (BRASIL, 2018p, p. 68-69).

⁶⁴ “E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.)” (BRASIL, 2018p, p. 37).

Outra justificativa recorrente, encontrada nos julgados anteriores, é a preocupação com a imagem do Judiciário frente à população e, até mesmo, no exterior, como demonstram as falas dos Ministros Gilmar Mendes e Barroso (p, 64), quando relatam sobre matéria no *The Economist*, e a efetividade da justiça brasileira. Para Barroso, como visto no capítulo anterior, a execução provisória é questão de ordem pública, que põe em risco a credibilidade do Judiciário:

[...] retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal. Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal (BRASIL, 2018p, p. 45).

Barroso emprega, ainda, do mesmo recurso manejado por Zavaski no HC nº 591.054 RG/SC, e por Fachin e Lewandowski no Recurso Ordinário em HC nº 138.936, quando afasta o princípio da presunção de inocência em prol da ordem judicial devidamente fundamentada, assim descrita:

Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988 (BRASIL, 2018p, p. 35-36).

À vista disso, viu-se a trajetória percorrida pelo princípio da presunção da inocência, dentro do Supremo, entre os anos de 2012 e 2018, nas instâncias eleitoral e administrativa, até chegar, por fim, à esfera penal.

5 CONCLUSÃO

Da análise jurisprudencial realizada, constatou-se não haver decisões, até o momento, que declarem a (im)possibilidade da perda do cargo ou função pública, ou de mandato eletivo de agente público, decorrente da execução provisória da pena. No entanto, viu-se que a jurisprudência vem caminhando para possibilitar que, antes que ação penal tenha transitado em julgado, aquele servidor, mesmo que estável, perca seu cargo, função ou mandato, já que há a preponderância do princípio da moralidade administrativa, o qual rege a conduta daqueles que exercem função pública.

Tal conclusão depreende-se das decisões proferidas pelo Supremo desde 2012, as quais, ou relativizaram o princípio da presunção de inocência, ou o afastaram por completo sua incidência, como ocorreu na esfera eleitoral com o julgamento das ADC's 29 e 30 e da ADI nº 4578, que declarou a constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”, permitindo a inelegibilidade após condenação por órgão colegiado.

Em 2014, embora firmada a Tese de Repercussão Geral nº 591.054/SC, no sentido de proibir que condenações ainda não transitadas em julgado fossem utilizadas como antecedentes, e sem que tenha sido levado novamente à debate para reavaliação da Tese firmada, diante do descontentamento manifestado no HC nº 94.620/MG, permitiu-se que a utilização de fundamentação, pelo magistrado, possibilitasse o afastamento da incidência do princípio da presunção de inocência pelo STF naquele caso concreto.

Mesma hipótese ocorre na esfera administrativa, que ao que tudo indica, possibilitará a exclusão de candidato de concurso público que tiver condenação confirmada por órgão colegiado no RE nº 560.900 RG/DF, ainda pendente de julgamento. Não diferente da esfera penal, que em fevereiro de 2016, modificou novamente seu entendimento, permitindo a prisão logo após encerrado os recursos em segunda instância, em sede de execução provisória de condenação penal, por entender que a relativização do princípio da presunção de inocência em detrimento dos princípios da duração razoável do processo, credibilidade da justiça e efetividade do sistema penal.

Denota-se a ocorrência de um retrocesso em matéria de direitos individuais, donde a culpa novamente recebeu graus de relativização ao longo de

toda a instrução criminal, visto que a inocência, segundo o julgamento do HC nº 126.292/SP, tem que ser vista de forma completa na instrução, perdendo sua força, caso condenado em primeira instância, e sendo afastada por completo em segundo grau, mesmo que haja recurso cabível ao STJ e STF. Passível, deste modo, a aplicação do efeito principal e mais gravoso da condenação, a prisão do réu.

Nota-se uma preocupação bastante elevada por parte do Supremo com a imagem do sistema penal perante a sociedade, em questões de efetividade e impunidade e, conseqüentemente, na imagem do próprio STF como guardião da CRFB. Contudo, para alcançar tais objetivos, foram usados de argumento para justificar e desvirtuar o que vem expresso no inciso LVII, do artigo 5º, da CRFB, que preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2017e). Tem-se, desta forma, a retomada da aplicação da pena sem a comprovação de culpa, eis que no mesmo julgado buscou-se justificar a retomada de posicionamento adotada até 2009, através da distinção entre a culpa e a condenação, de modo que a culpa só poderá ser imputada com o trânsito em julgado, porém a condenação já está firmada após confirmação em segundo grau.

Fator bastante mencionado, também, para a possibilidade da relativização do princípio da presunção de inocência foi a impunidade que a morosidade do Judiciário em apreciar os recursos, ocasiona, eis que a grande demanda de recursos protelatórios acaba por permitir a prescrição punitiva dos réus. Contudo, não se falou em combater a morosidade e lentidão do Sistema Judiciário, principal elemento, sem o qual não haveria necessidade de discussão e redução de direitos, pois o próprio Supremo impôs limitação aos recursos possíveis, já que o trânsito é certificado quando improvido o segundo embargos em recursos como cinge o Ministro Fachin (BRASIL, 2018p, p. 25), de modo que não são infundáveis como quer se fazer pensar. De fato, a contratação de novos auxiliares da justiça implicariam em maior gastos por parte do Estado, porém, tal preocupação não é explicitada pelo Ministros, vez que o custo de ações indenizatórias contra o Estado em razão de eventuais erros corrigidos em sede de Recurso Extraordinário e Especial também seriam arcados por este, quando reformadas as decisões condenatórias de presos em execução provisória mesmo que inocentes dos crimes cometidos.

Ante os dados narrados e argumento utilizados, compartilha-se do entendimento de Muniz (2017, p. 41) quando afirma que “salta aos olhos toda a

argumentação a respeito da prisão após condenação em segunda instância é muito interessante, razoável e ousado dizer, justa. Mas, como também dito à exaustão, não é o que a Constituição Federal considera [...]” (MUNIZ, 2017, p. 41), e finaliza dizendo que a CRFB “possui barreiras maiores e tenho certeza de que não quero viver em um país com a Constituição fragilizada, relativizada ou mesmo vulnerada por que supostamente deveria protegê-la (MUNIZ, 2017, p. 44).

Deste modo, pela legislação vigente, impossível a aplicação dos demais efeitos da condenação, principalmente àqueles que atingem esferas distintas da penal, caso da esfera administrativa, com a perda do cargo público, devendo, deste modo, haver antes o trânsito em julgado da ação penal condenatória. No entanto, note-se que em todos os julgados houve menção da decisão proferida em 2012, o que demonstra que o acórdão serviu como um marco, e que a interpretação dos Ministros vem se modificando naquele sentido. Possível, assim, que o princípio da presunção de inocência seja, de vez, afastado após a condenação por órgão colegiado, de modo que, ante o princípio da moralidade, será permitida, desde logo, a perda do cargo, função ou mandato eletivo.

REFERÊNCIAS

AITA, Luana. A mutação constitucional do princípio da presunção de inocência e a perda de cargo por servidores públicos à luz da estabilidade. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, SP, v. 18, n. 104, p.34-46, jul. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. Alemã. São Paulo: Editora Malheiros. 2006. 627 p. Título original: Theorie der Grundrechte.

BAHIA, Flávia. **Coleção descomplicando – Direito Constitucional**. 3. Ed. Recife, PE: Armador, 2017. 409 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 576 p.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 522 p.

BRASIL. **Código Penal, de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 21 set. 2017.

_____. **Código Civil, de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 fev. 2018.

_____. **Código de Processo Civil, de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

_____. **Código de Processo Penal, de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 set. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre o regime constitucional dos militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc18.htm. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010**. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo

com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 17 maio 2018.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 03 maio 2018.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.** Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm>. Acesso em: 03 maio 2018.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 14 out. 2017

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10 [...].** Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29. Partido Popular Socialista. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal do Pleno, Brasília, julgado em 16/02/2012, DJe-127 DIVULG 28-06-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 01 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Vinculação entre o instituto da estabilidade, definida no art. 41 da Constituição Federal, e o do estágio probatório. [...]. 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 754.802. União e Christine Philipp Steiner e outros (A/S), Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, 07 jun. 2011. Brasília. DJe – 118, 21 jun. 2011, RT, v. 100, n. 911, p. 462-465. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624361>>.
Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ementa: Ação Declaratória de Constitucionalidade. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. [...] Medida cautelar indeferida. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal do Pleno. Brasília. DJE n. 43, publicação 07 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). [...]. Ordem denegada. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. Marcio Rodrigues Dantas e Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Teori Zavascki, Tribunal do Pleno. Brasília. DJe n. 100, publicação 17 maio 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...]. Ordem concedida. *Habeas Corpus* nº 84.071/MG. Omar Coelho Vitor e Supremo Tribunal Federal, Relator: Eros Grau, Tribunal do Pleno. Brasília. DJe n. 35, publicação 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. [...] Recurso desprovido. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 138.936. Bruno Rafael Silva da Conceição e Ministério Público Federal. Brasília. Relator: Min. Dias Toffoli, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 06/02/2018, DJe-053, DIVULG 19-03-2018 PUBLIC 20-03-2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526281>>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DE PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. PREMEDITAÇÃO. MOMENTO DE ANÁLISE. MAUS ANTECEDENTES. [...] Ordem concedida. *Habeas Corpus* nº 94.620. Valdenir Barbosa e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2015, DJe-236 DIVULG 23-11-2015, PUBLIC 24-11-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9843609>>. Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. IDONEIDADE MORAL DE CANDIDATOS EM

CONCURSOS PÚBLICOS. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 560.900 RG/DF. Distrito Federal e Luzia Nunes Borges Lima. Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal do Pleno, certidão de julgamento referente à sessão plenária de 11/5/2016. ATA Nº 13, de 11/05/2016. DJE nº 100, divulgado em 16/05/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-reu-concurso-voto-barroso.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Desprovido. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 591.054 RG/SC. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Sandro Gaspari. Relator: MIN. Marco Aurélio, Tribunal do Pleno. Brasília. Julgado em 17/12/2014. DJE nº 25, divulgado em 05/02/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=786669>>. Acesso em: 01 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2106>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. ESTABILIDADE. [...]. Ordem denegada. Mandado de Segurança 12.523/DF, Selma Simionato e Advogado Geral da União. Rel. Ministro Felix Fischer, terceira seção, julgado em 22/04/2009, DJe 18/08/2009. Brasília, RSTJ, v. 215, p. 603. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque ncial=874916&num_registro=200602842506&data=20090818&formato=PDF. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. NULIDADE – CONDENAÇÃO – EFEITOS – PERDA DO CARGO – ARTIGO 92, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL [...]. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 15.997/RS, Alvair Scardiclia Machado e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Ministro Paulo Medina, – j. 23.11.04 – v.u. – DJU 07.03.05, págs. 347/348). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque ncial=485305&num_registro=200400501347&data=20050307&formato=PDF. Acesso em: 26 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. [...]. Mandado de Segurança nº 19.488/DF, Maria Dulce Moreira e Ministro de Estado da Saúde. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Primeira Seção, julgado em 25/03/2015, DJe 31/03/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque ncial=1395093&num_registro=201202516708&data=20150331&formato=PDF. Acesso em: 13 maio 2018.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 317 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 4: legislação penal especial. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1311 p. Disponível em: <https://morumbidireito.files.wordpress.com/2015/09/direito-administrativo-28c2aa-ed-2015-josc3a9-dos-santos-carvalho-filho.pdf>. Acesso em: 01 set. 2017.

COSTA, Álvaro Mayrink Da. Os Limites do *ius puniendi* do Estado. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, RJ, v. 6, n. 23, p. 113-131, 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_113.pdf. Acesso em: 16 abr. 2018.

CUNHA JUNIOR. Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. rev., atual. e ampl.- Salvador: JusPodivm, 2015. 632 p.

ONU, Declaração universal dos direitos humanos, de 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

FRANÇA, Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/declaracao.htm>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 966 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 1.728 p.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta São Paulo: Saraiva, 2012. 1180 p.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. 848 p.

HENRIQUES, Sérgio Coimbra. A redução teleológica no ordenamento jurídico português: Análise de jurisprudência/Teleological reduction in Portuguese law: Case law analysis. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 1, p. 141-162, 2016.

HC 152.752 ANOTAÇÕES para manifestação oral Ministro Luís Roberto Barroso (não se trata do voto escrito). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10 ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 1440 p.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa: de acordo com as emendas constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 316 p.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 40.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 941 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 507 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. 1138 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. rev. atual. até a EC nº 67/10 e Súmula Vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2011. 944 p.

MUNIZ, Bruno Barchi. A sentença penal condenatória confirmada em 2ª instância e a perda do cargo público. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, SP, v. 18, n. 104, p.9-21, jul. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral arts. 1º a 120 do Código Penal**. Vol. 1 – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 1549 p.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PEREIRA NETO, Luiz Fernando. O princípio do estado de inocência e a sua violação pela mídia. In: **Anais do Congresso Internacional de Ciências Criminais, II edição**. 2011. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. "MUTAÇÃO À BRASILEIRA": UMA ANÁLISE EMPÍRICA DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 597-614, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 19 mar 2018.

SILVA, Almiro de Colto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maio/junho, 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº76, 28.11.2013. São Paulo: Malheiros: 2014. 934 p.

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. Sobre a impossibilidade de se antecipar qualquer efeito de uma decisão condenatória pela simples confirmação da condenação em segundo grau. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, São Paulo, SP, v. 12, n. 136, p.80-86, abr. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antinni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 9 ed. Salvador, BA: Jus Podivm, 2014. 1.504 p.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 037-057, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em: 10 mar. 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. rev., Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.